



CONTRIBUCIONES
AL DERECHO
CONSTITUCIONAL

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie VERSIONES DE AUTOR, núm. 1

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Alan Francisco Osorio Aragón
Apoyo editorial

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2015

La serie “Versiones de autor”, a la que pertenece el presente volumen, reproduce las versiones originales de los autores, por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

Primera edición: 24 de septiembre de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6937-0

CONTENIDO

Presentación	XI
José Ma. SERNA DE LA GARZA	

DISCURSOS INAUGURALES

Una ojeada al porvenir del constitucionalismo	3
Diego VALADÉS	
Palabras pronunciadas en la inauguración del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Dr. Jorge Carpizo”	15
Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ	

CONFERENCIA MAGISTRAL

Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre derechos humanos del 10 de junio de 2011	23
Héctor FIX-ZAMUDIO	

PONENCIAS Y COMUNICACIONES

Democracia y populismo en América Latina	47
Gonzalo ARMIENTA HERNÁNDEZ	
La postulación de candidaturas partidistas e independientes en América Latina en el contexto de los derechos de participación política.	63
César ASTUDILLO	

Garantías políticas de los derechos humanos en el sistema presidencial de los estados de la República Federal Mexicana	87
Daniel BARCELÓ ROJAS	
El régimen democrático	123
Julio CABRERA DIRCIO	
La Constitución emergente (un ensayo de meta-teoría constitucional desde el constructivismo jurídico)	139
Enrique CÁCERES NIETO	
El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los nuevos paradigmas	159
Ismael CAMARGO GONZÁLEZ	
Los derechos sociales: elementos para una lectura en clave normativa .	179
Miguel CARBONELL	
Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos .	209
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
La tutela constitucional de los derechos fundamentales en México (debido proceso y principio de igualdad)	237
Irina CERVANTES BRAVO	
Lecciones de la discusión teórica en torno a la creación de un Instituto Nacional de Elecciones en México: hacia el fortalecimiento de los sistemas electorales locales	259
Oswaldo CHACÓN ROJAS	
El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	271
Edgar CORZO SOSA	
La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos . .	289
Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO	
El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano.	317
Manuel de Jesús ESQUIVEL LEYVA	

La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales: un debate abierto	327
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Reformas constitucionales y cultura de la Constitución en México. Reflexiones a propósito de las deformaciones y disfunciones de un texto constitucional casi centenario	379
Héctor FIX-FIERRO	
Hacia un modelo de Estado laico o secular respetuoso y tolerante. A propósito de las reformas a los artículos 24 y 40 de la Constitución mexicana	405
Imer B. FLORES	
Lo lógico, lo ético y lo estético en el derecho constitucional para la reflexión de los derechos humanos	423
Amelia GASCÓN CERVANTES	
Trastornos de diferenciación sexual y la deficiente tutela de derechos .	443
María del Pilar HERNÁNDEZ	
Minorías religiosas y laicidad.	461
Francisco IBARRA PALAFOX	
La separación de poderes en el presidencialismo iberoamericano y el rol del Tribunal Constitucional	473
José Miguel MADERO ESTRADA	
Los retos del Estado constitucional frente a la democracia participativa em Iberoamérica. Soberanía y globalización	495
Daniel MONTERO ZENDEJAS	
La ampliación de los derechos protectores, la nueva realidad del Estado mexicano a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011	513
Sergio Arnoldo MORÁN NAVARRO Humberto LOMELÍ PAYÁN	
Los retos del derecho electoral para el avance de la democracia.	529
Marina del Pilar OLMEDA GARCÍA	

Consideraciones sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	549
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ	
México. Hacia un nuevo compromiso constitucional con visos iberoamericanos	565
Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE	
Periodismo de investigación responsable	581
Laura Eugenia RODARTE LEDEZMA	
Reformas constitucionales y reelección presidencial en Iberoamérica	599
Marcial RODRÍGUEZ SALDAÑA	
Estado laico y religión en la era de la globalización	617
Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
La disputa por los derechos	635
Pedro SALAZAR UGARTE	
El derecho constitucional a la educación en México	659
Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ	
Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo latinoamericano	697
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
Acciones colectivas y derecho a la educación	715
Rosa María de la TORRE TORRES	
Notas para la reconstrucción epistemológica de <i>lo constitucional</i> en la globalización	735
Enrique URIBE ARZATE	
Tendencias y retos de la representación política en México	751
Homero VÁZQUEZ RAMOS	

PRESENTACIÓN

El presente volumen reúne las contribuciones mexicanas al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en Tucumán, Argentina, entre los días 17 y 19 de septiembre de 2013. Tal y como ha ocurrido desde el primer congreso organizado en 1975 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional,* el referido XI Congreso contó con la entusiasta y copiosa participación de los miembros de la sección mexicana del mencionado Instituto. No podía ser de otra forma, sobre todo si a la siempre buena disposición de participar en este tipo de eventos por parte de los integrantes de la sección mexicana, se suma la circunstancia de que el Congreso llevó el nombre del querido amigo y maestro, quien además fuera presidente del propio Instituto iberoamericano de Derecho Constitucional: Jorge Carpizo.

En preparación de la participación en el Congreso, se organizó el 22 de abril de 2013 una Jornada Académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, denominada “Rumbo al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Tucumán, Argentina). En esta Jornada se presentaron y discutieron los esquemas generales y preliminares de lo que después se convertirían en las ponencias y comunicaciones presentadas en Tucumán.

En este volumen, el lector podrá encontrar, en primer lugar, los discursos pronunciados en la inauguración del Congreso por parte del Doctor Diego Valadés, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y del Licenciado Luis Raúl González Pérez, Abogado General de la UNAM.

En segundo lugar, se ha incluido la conferencia magistral impartida por el Doctor Héctor Fix Zamudio, presidente honorario y vitalicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Dicha conferencia fue impartida en la Sesión Plenaria 2 sobre “La Garantía de los Derechos Fundamentales” en la mañana del 18 de septiembre.

Finalmente, se incluyen en esta obra las ponencias y comunicaciones presentadas en las sesiones plenarias y en las comisiones del Congreso. Las

* El *Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional*, cuyo tema general se denominó “Derecho y Realidad constitucional en América Latina”, se celebró en la Ciudad de México, del día 25 al 30 de agosto de 1975.

sesiones plenarios fueron cuatro, mismas que versaron sobre los siguientes temas: “Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo iberoamericano”; “La Garantía de los Derechos fundamentales”; “Constitución e Igualdad. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)” y “Estado constitucional. Principios e instituciones”.

A su vez, estas sesiones plenarios fueron el marco para el trabajo en comisiones, las cuales se identificaron de la siguiente manera:

COMISIÓN 1A “Tres décadas de Democracia en Iberoamérica. Reformas constitucionales”; COMISIÓN 1B “¿Nuevo constitucionalismo Iberoamericano o Populismo?”; COMISIÓN 1C “Unidad e integración. Multiculturalismo y pluralismo constitucional”; y COMISIÓN 1D “Desarrollo del Derecho Constitucional Transnacional en los procesos de integración regional”

COMISIÓN 2A “La tutela constitucional de los derechos fundamentales. Garantismo constitucional. Garantías institucionales no jurisdiccionales”; COMISIÓN 2B “El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Diálogo con el TEDH y otros tribunales”; COMISIÓN 2C “Procesos constitucionales. Amparo. Intereses colectivos”; y Comisión 2D “Jurisdicción Constitucional. Modelos en Iberoamérica”

COMISIÓN 3A “El estado de los derechos sociales y culturales: indicadores de progresividad, no-regresividad y nuevas garantías”; COMISIÓN 3B “Nuevos derechos en el constitucionalismo iberoamericano. Derecho al buen vivir, derechos de la tierra”; COMISIÓN 3C “La protección del medio ambiente. Derecho al agua. Recursos naturales. Derecho a la consulta previa de comunidades aborígenes”; y COMISIÓN 3D “Derechos constitucionales, crisis económica y emergencia. Globalización internacional”

COMISIÓN 4A Principios: “Pluralismo y tolerancia. Estado e iglesias. Estado laico”; COMISIÓN 4B “Derecho constitucional y el derecho administrativo. Derecho constitucional y derecho internacional”; COMISIÓN 4C “Descentralización del poder. Autonomía territorial. Federalismo. Formación de Regiones”; COMISIÓN 4D Instituciones: “Participación ciudadana. Representación y representividad. Sistemas electorales. Clientelismo en Iberoamérica”; COMISIÓN 4E “Presidencialismos iberoamericanos. Separación de poderes. Límites y contrapesos. Poder Judicial”; y COMISIÓN 4F “Parlamentarismo. Derecho Parlamentario. Órganos de control.

Podemos afirmar con orgullo que hubo participación mexicana prácticamente en todas estas comisiones. La delegación mexicana en el Congreso fue de las más grandes, lo cual fue posible gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del Instituto Iberoamericano de De-

recho Constitucional, la Oficina del Abogado General de la UNAM y de las instituciones académicas de adscripción de cada uno de los participantes en el Congreso.

Una mención especial merece también el Doctor Sergio Díaz Ricci, presidente de la Comisión Ejecutiva Organizadora del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Le agradecemos no solamente su invaluable apoyo, sino las generosas atenciones y hospitalidad que tuvo con todos los integrantes de la delegación mexicana en el Congreso. Su amabilidad, buena disposición y eficacia como organizador, hicieron que nuestra estancia en Tucumán fuera de lo más provechosa y agradable.

Sirva este trabajo colectivo como un homenaje a Jorge Carpizo, maestro y amigo de todos quienes aquí escribimos. Un hombre cabal. Universitario que en la Universidad fue todo. Literalmente todo. Académico y funcionario. Estudiante, investigador y docente. Líder determinado, a la vez que generoso. Colaborador leal. Crítico y receptivo a la crítica. Abogado General. Coordinador de Humanidades. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Rector. Y su más grande orgullo: Jorge Carpizo, el Investigador Emérito de la UNAM.

José Ma. SERNA DE LA GARZA

UNA OJEADA AL PORVENIR DEL CONSTITUCIONALISMO

Diego VALADÉS*

En la Asamblea General llevada a cabo en Lima el 18 de septiembre de 2009, con motivo del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, se acordó celebrar este XI Congreso en Tucumán. Venimos, por tanto, de un inolvidable encuentro hecho posible por los colegas peruanos, para continuar enriqueciéndonos con otra experiencia académica.

Estamos en Tucumán gracias a la cálida hospitalidad que nos brindan sus autoridades, sus universitarios y un extraordinario, diligente e inteligente grupo encabezado por nuestro admirado colega y querido amigo Sergio Díaz Ricci. En él personifico y a través suyo agradezco a todos los que han hecho posible este nuevo encuentro. Han sido muchas las voluntades conjuntadas para recibirnos; me consta su entusiasmo, su dedicación ejemplar, su sentido de organización y su capacidad visionaria para elaborar una agenda que propiciará un auténtico torneo de sapiencia jurídica.

Once congresos nos permiten hablar de una auténtica tradición que ha tenido por escenarios Brasil, Colombia, España, México, Perú y ahora Argentina, cuna de nuestro Instituto en 1974. Diecisiete personas, unas reunidas en Buenos Aires y otras incorporadas a lo largo de ese año, tuvimos el privilegio de fundar este organismo que ha probado ser un espacio de comunicación con alto nivel profesional y un fructífero generador de ideas constitucionales. En el camino hemos tenido la pena de perder a grandes y ejemplares figuras de nuestra ciencia, entusiastas animadores de esta empresa académica e inolvidables amigos, a quienes con emoción recuerdo: Germán J. Bidart Campos, Jorge Carpizo, Pedro José Frías, Manuel García Pelayo, Mario Justo López, Alberto Menezes Direito, Luiz Pinto Ferreira, Enrique Véscovi. Los menciono por lo mucho que nuestro Instituto les

* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Una síntesis de este texto fue leída en la ceremonia inaugural del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. San Miguel de Tucumán, septiembre 18, 2013.

debe. Entre ellos figura quien nos presidió durante diez años y que, junto con Sergio Díaz Ricci, fue un animador de este Congreso: Jorge Carpizo.

La desaparición, inesperada y dolorosa, de nuestro presidente, en marzo del año pasado, produjo una intensa conmoción. Hoy lo tenemos muy presente y el Congreso que inicia ha tomado su nombre como un homenaje al jurista que por mucho tiempo nos orientó con su formidable talento, su extraordinaria cultura y su admirable capacidad de trabajo. Recordamos a Jorge Carpizo como amigo, como colega y como protagonista de grandes hazañas para el constitucionalismo iberoamericano.

Cuando faltó el presidente Carpizo, el secretario ejecutivo, Domingo García Belaunde, hizo las consultas de las que resulté designado para concluir el periodo que un infortunio dejaba trunco. Agradezco al profesor García Belaunde, también miembro fundador, su entrega al Instituto, su contribución para el éxito de este Congreso y el apoyo solidario que siempre me ha brindando.

Este es el primer Congreso al que no asiste nuestro presidente fundador, Héctor Fix-Zamudio. Me hizo encargo especial de transmitir a ustedes su saludo y de reiterar su felicitación a Sergio Díaz Ricci por la iniciativa que hoy culmina. La salud de nuestro presidente vitalicio es buena pero preservarla así aconseja prudencia. Por eso el maestro Fix nos acompaña a distancia y se hará presente de manera virtual, como conferenciante, pero muy real como parte de esta familia académica de la que es inspirador fundamental.

Reitero mi agradecimiento y felicitación a quienes trabajaron intensamente y a quienes hicieron contribuciones diversas para la realización de este Congreso. También expreso mi gratitud a quienes apoyan las actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Incluyo aquí al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde tenemos nuestra sede, para la que contamos con la ayuda generosa del rector José Narro, representado aquí por el Abogado General de la Universidad, Luis Raúl González Pérez, y del director del Instituto, Héctor Fix-Fierro.

También expreso un efusivo reconocimiento a los colegas que han venido de otros países de este continente y de Europa, con un señalamiento especial para nuestro vicepresidente, Pedro de Vega, quien tuvo que sobreponerse a la dolorosa pérdida de su compañera de toda la vida, mi inolvidable y muy querida amiga Mercedes Blázquez.

Estoy seguro de que con el concurso de todos este será un encuentro memorable por la generosidad de nuestros anfitriones, por la cordialidad que impera en nuestros convivios y por la aportación de nuevas ideas para seguir enriqueciendo nuestras instituciones constitucionales.

El año venidero el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrará su cuadragésimo aniversario. Desde ahora exhorto a los queridos colegas y amigos de las diversas secciones para que, en cada una de las sedes, se lleve a cabo un encuentro académico conmemorativo. Sigamos dando ejemplo de un trabajo constante, innovador, constructivo, por el bien del constitucionalismo en el mundo.

Vamos a emprender intensas jornadas de trabajo. Nos esperan fecundas sesiones para examinar los problemas y desafíos para el constitucionalismo iberoamericano; la garantía de los derechos fundamentales; la Constitución y la igualdad, con su elenco de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y los principios e instituciones del Estado constitucional.

En este Congreso participan miembros de casi todas las secciones nacionales del Instituto. Con excepción de Cuba y de República Dominicana, en todos los demás países latinoamericanos nuestro Instituto cuenta con afiliados. Espero que pronto se incorporen colegas de esos países, y de otros del Caribe, como Haití. Están presentes las nuevas secciones de Alemania, Francia e Italia. Nuestra organización es iberoamericana por la materia a la que nos dedicamos, no por la nacionalidad de quienes formamos parte de él.

No podía haber un mejor ambiente que el de Tucumán para abordar ese extenso conjunto de temas. En esta ciudad, jardín de la República, deliberó el Congreso fundacional de Argentina y es la cuna de su declaración de independencia. De aquí son oriundos filósofos, juristas, políticos y artistas que han dado lustre a Argentina y a América Latina toda. Uno de ellos es imprescindible entre nosotros: Juan Bautista Alberdi.

Estar en Tucumán es evocar a Alberdi, una de las cumbres del pensamiento iberoamericano. Olsen A. Ghirardi¹ nos ha mostrado la hondura y la originalidad de ese pensador, y su huella está en las instituciones de este y de otros países del continente, donde fue y sigue siendo leído con admiración. Su trabajo *Bases y puntos de partida para la organización política de la república Argentina* es una obra de la madurez que además de contener un proyecto constitucional para esta nación, representó un auténtico estudio de derecho constitucional comparado. Alberdi examinó los que identificó como *gobiernos mixtos* de Alemania, Estados Unidos y Suiza, y revisó los aciertos y tropiezos constitucionales en Chile, Colombia, Bolivia, México, Paraguay y Perú.²

¹ Ghirardi, Olsen A., *La filosofía en Alberdi*, Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pp. 33 y ss.

² Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la república Argentina*, Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pp. 23 y ss.

El desarrollo de nuestra área en las últimas décadas ha ofrecido valiosas aportaciones al constitucionalismo contemporáneo. Buena parte de este proceso ha sido atestiguado por nuestra corporación, que también ha contribuido en muchos de los esfuerzos innovadores llevados a cabo.

Nos podemos sentir orgullosos porque surgimos hace casi cuarenta años en medio de desafíos que entonces parecían insalvables, como militarismo y la dictadura. Apenas el 11 de septiembre del año anterior (1973) había sido asesinado el presidente Salvador Allende, y en 1975 se convino la Operación Cóndor, entre los gobiernos de Chile y de Estados Unidos, para “eliminar” la “subversión” en América Latina y erradicar el marxismo del continente.

En el momento en que comenzamos a trabajar para integrar una organización de constitucionalistas había regímenes militares o dictatoriales en trece países de nuestro hemisferio: Bolivia, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, y Argentina vivía un paréntesis entre los gobiernos de los militares Alejandro Lanusse y Jorge Videla (1966-1973; 1976-1983). En ese entonces sólo cinco de los veintiún países iberoamericanos se exceptuaban a esa realidad: Colombia, Costa Rica, México, República Dominicana y Venezuela. España y Portugal vivían bajo las dictaduras de Francisco Franco y de Antonio de Oliveira Salazar.

La dominación castrense tenía tradición entre nosotros. En los años 50, sólo en 8 de los 19 países de América Latina no hubo regímenes militares: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Perú, Uruguay; en los 60 la excepción fue apenas media docena: Chile, Colombia, Costa Rica, México, Uruguay y Venezuela, y en todo el periodo de la posguerra, hasta la caída del muro de Berlín en 1989, sólo en dos países (Costa Rica y México) no hubo gobierno militar. En otras palabras, 17 de los 19 países del hemisferio padecieron gobiernos de fuerza en diferentes momentos en los 45 años transcurridos desde el fin de la Guerra Mundial hasta la terminación de la guerra fría. En la actualidad en 18 de los 19 países hay gobiernos civiles, y España y Portugal son democracias.

La duración de los regímenes militares varió, correspondiendo la menor a Colombia (cinco años) y la mayor a Paraguay (treinta y siete años). El régimen de Cuba está encabezado por militares pero no es estrictamente militarizado. La militarización política del hemisferio se debió, en buena medida, a los efectos del Tratado Interamericano de Defensa Recíproca, de 1947, pero sería una simplificación decir que todo dependió del TIAR. También hubo numerosos factores internos en los diversos países que contribuyeron a ese fenómeno. El militarismo no estuvo presente en México, donde se adop-

tó un sistema hegemónico de partido que garantizaba el control interno del país y que durante un largo periodo lo mantuvo alineado con las tesis que motivaron el TIAR.

A la conclusión de la guerra fría el panorama hemisférico cambió. De los diecinueve Estados sólo Cuba es formalmente ajeno al constitucionalismo democrático, y sólo en ese país el jefe de Estado es militar. De los restantes países, en la última década del siglo XX y en la primera del XXI, trece países del área adoptaron nuevas constituciones o reformaron las que tenían para establecer o consolidar sistemas de gobierno democráticos.

Hoy el problema ya no es el militarismo, ni siquiera la falta de democracia formal. En la fase de transición fue muy apreciado pasar de gobiernos militares a civiles, y luego de regímenes verticales a sistemas plurales. Pero la democracia, en la mayor parte de sus versiones continentales, es de baja calidad, porque no ha sido capaz de atenuar la pobreza, la injusticia ni la corrupción, y porque en algunos países se advierte una deriva contra democrática.

El concepto de democracia no es unívoco; está asociado a múltiples elementos culturales y a diversas convicciones filosóficas. Pero con independencia de los matices, puede decirse que por lo menos cinco factores están presentes en los sistemas que son considerados democráticos: 1) derechos fundamentales, con sus correspondientes garantías jurisdiccionales y políticas; 2) elecciones periódicas, libres y equitativas; 3) responsabilidades políticas de los gobernantes; 4) equilibrios orgánicos y controles políticos; 5) equidad y bienestar social.

Existen indicadores para mensurar la mayor parte de esos elementos. En términos generales se puede decir que en nuestro hemisferio hay avances en algunos de ellos, si tomamos como punto de referencia la situación en la que nos encontrábamos hace cuatro décadas. Pero también subsisten desafíos pretéritos y han aparecido otros, debidos en especial al giro de la economía mundial, con su secuela de concentración de la riqueza.

El fenómeno de la mundialización, ventajoso en lo que atañe a las libertades de tránsito y de comercio, tiene también efectos nocivos porque propicia desigualdad e inequidad social, y vulnera los sistemas constitucionales por la acción del poder internacional del dinero.

Los sistemas constitucionales contemporáneos tienen que hacer frente a una doble fuente de presiones: las de origen interno, significadas sobre todo por las tendencias y prácticas de concentración del poder político y económico, y las de procedencia externa, identificadas con los tradicionales mecanismos de dominación que imponen condiciones para invertir y que muchas veces operan corrompiendo funcionarios, defraudando al fisco, afectando el

ambiente y vulnerando los derechos de los trabajadores, de los consumidores de bienes y de los usuarios de servicios.

En varios países nuestros se ha progresado en materia de transparencia y de acceso a la información. Además de las normas nacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 19) aluden al derecho a la información. En 2009 la Organización de Estados Americanos aprobó una resolución para fortalecer los instrumentos de acceso a la información. Hasta aquí todo es plausible, pero hay un fenómeno sobre el que se ha tendido un velo: el denominado *lobismo* o *cabildeo*.

Crece el número de ex legisladores, de ex representantes diplomáticos de alto nivel, de ex ministros e incluso de ex jefes de Estado y de gobierno, que se ponen al servicio de los intereses internacionales en sus propios países. Conocedores de las intimidades del poder y relacionados con quienes los han sustituido, multiplican su influencia y sus gestiones se traducen en leyes, en contratos y en beneficios fiscales. Tiende a aumentar la cifra de normas internas que son de fuente formalmente internacional; están identificadas. De lo que no tenemos noticia es de la normativa nacional que resulta de la gestión de los *lobistas* o *cabilderos*, nacionales y extranjeros, que actúan por cuenta y orden de grandes intereses corporativos globales.

En el siglo XIX se identificaba al *lobby*, en inglés, como la actividad destinada a corromper e influir en los legisladores; hoy se disimula y se prefiere sólo la acepción de la influencia. Aunque la palabra se ha internacionalizado y podríamos adoptarla en español sin dificultad porque su origen está en el latín medieval *lobium*, *lobia* (corredores cubiertos de los monasterios), se ha preferido la más convencional *cabildear*, que se define como “gestionar con actividad y maña para ganar voluntades en un cuerpo colegiado o corporación”.

Nuestra atención sigue teniendo como prioridad los aspectos tradicionales de los sistemas de gobierno y de los sistemas representativos, en especial los concernidos con los procedimientos para elegir a sus titulares; nuestra democracia llega hasta allí. A decir verdad, no es tanto lo que hemos avanzado con relación a la célebre reserva que Juan Jacobo Rousseau formulaba cuando apuntaba con ironía que los ingleses de su época sólo disfrutaban de un efímero momento de libertad cuando elegían a sus amos.³

Tenemos que plantearnos nuevas metas a partir de identificar nuevos desafíos. El derecho constitucional también se tiende a internacionalizar. El Estado constitucional no puede pasar por alto que las fuentes reales de

³ *El contrato social*, III, 15.

muchas normas proceden de actos de influencia bien remunerada. Hace cuarenta años hablábamos de la preeminencia de los presidentes en los procesos legislativos; eso ocurre ahora en menor escala. En cambio faltan por cuantificar las normas a las que estamos sometidos y en las que nuestros legisladores han vertido el dictado de los *lobistas*.

Sólo en el ámbito de la Unión Europea se estima que actúan alrededor de quince mil *lobistas*.⁴ ¿Cuántos operan en cada uno de nuestros países? Con relación a sus actividades no queda registro en las oficinas gubernamentales ni en los reportes congresuales. No hay regulación aplicable ni tenemos datos duros acerca de quienes actúan, a quienes representan, quienes son sus interlocutores y cuáles son sus planteamientos. Su capacidad técnica es considerable, sus relaciones son de alto nivel y sus gestiones tienen una repercusión más allá de lo que solemos advertir.

Las corporaciones globalizadas han auspiciado una especie de Estado intangible que impone sus reglas a los Estados nacionales. El fenómeno es de implicaciones profundas, porque en tanto que los Estados nacionales han ido construyendo sistemas de derechos humanos, las corporaciones globalizadas han ido imponiendo limitaciones al derecho a la sindicación, a la estabilidad en el empleo, a la seguridad social, a la no discriminación; resultan intocables en materia de protección al consumidor; negocian consideraciones fiscales; absorben pequeñas y medianas empresas locales para integrar los grandes consorcios que hacen nugatorias las reglas de la competencia, en especial por lo que atañe al precio de los bienes y de los servicios; afectan el patrimonio cultural y ecológico; contaminan y explotan los acuíferos y los recursos del mar en aguas internacionales y muchas veces incluso en aguas territoriales; propician el consumo irracional, incluido el de medicamentos; utilizan insumos dañosos para la salud, prohibidos en los Estados de economías poderosas; especulan con las materias primas y con los alimentos procedentes de economías débiles; condicionan las respuestas y actitudes de los Estados nacionales mediante la presión mediática internacional, también dominada por grandes corporaciones; influyen en el contenido de las normas nacionales para facilitar sus movimientos de capital, el procesamiento y el comercio de sus productos, y la disponibilidad de mano de obra.

Los fenómenos de concentración corporativa a los que Paul A. Baran y Paul M. Sweezy,⁵ primero, y James O'Connor⁶ luego, atribuían una di-

⁴ Aghion, Phillippe, *Repenser l'État*, París, Seuil, p. 104.

⁵ *Monopoly capital: an essay on the American economic social order*, N. York, Modern Reader, 1966.

⁶ *The corporations and the State*, N. York, Harper and Row, 1974.

mención ciclópea hace medio siglo, son minúsculos comparados con los de nuestro tiempo.

Las convenciones internacionales no han resultado suficientes para contener el desmantelamiento de los sistemas nacionales de bienestar social. La normativa internacional admite las reservas, auténticas excepciones, susceptibles de ser adoptadas por los Estados que las suscriban. En ese nivel la influencia de las corporaciones globales resulta incontenible. Las restricciones políticas al crédito y el dogma de no incurrir en déficit hacen que la opción preferida por los Estados para allegarse recursos sea aceptar la especulación internacional, y cuando se trata de ponderar entre las ventajas que tiene la arribada de ese capital frente a las adversas condiciones que impone, los Estados se someten, y en lugar de tener acreedores a término cierto y con intereses pactados, tienen huéspedes volátiles y con ganancias incontroladas que se oponen a un orden fiscal internacional como el propuesto por James Tobin.

La paradoja consiste en que el nuevo capitalismo no se distingue del viejo marxismo en cuanto a afirmar la supremacía de lo económico y a considerar lo político y lo jurídico como simples superestructuras. Un estadista visionario de nuestro tiempo, Alfonso Guerra, ha recordado que desde 1930 el ilustre economista vienés Otto Neurath identificaba esta tendencia como “marxismo burgués”.⁷

El constitucionalismo tiene que extender su ámbito. El derecho comercial internacional ha alcanzado un poder de magnitud sin precedente, construyendo sus propias reglas. En contraste, las normas en materia de derechos humanos siguen centrando su atención en la defensa ante el Estado. El giro hacia la protección transversal de los derechos humanos, que tiene en Argentina y en Colombia a países precursores, es todavía débil en los ámbitos nacionales y apenas perceptible en el espacio internacional.

Hemos podido construir instituciones de garantía para el hombre ciudadano, pero a su lado ha crecido, sin la atención debida, el hombre mercancía. La *mano invisible* que Adam Smith prefiguró en su *Teoría de los sentimientos morales*, era sostenedora de una balanza equilibradora; pero el tiempo y la oportunidad la desfiguraron y hoy no es mano sino garra. Como la *Garra del mono* de William Wymark Jacobs, que por cada deseo concedido infligía un horror adicional.

No es mi intención sonar apocalíptico ni chauvinista. No preconizo un retorno al Estado aldeano. La vuelta atrás es imposible o a lo menos indeseable. El mundo se hizo cosmopolita y esto tiene incontables virtudes.

⁷ Guerra, Alfonso, *Una página difícil de arrancar*, Madrid, Planeta, 2013, p. 323.

Aunque se siguen registrando atrocidades en perjuicio de personas y de grupos enteros, la atención global inhibe a los represores menos feroces. Cuadros con el de Siria se convierten en temas de la opinión pública planetaria, y los tribunales internacionales, con una base jurídica que no tuvieron los de posguerra, ya enjuician a los genocidas. En su fase más afortunada, la humanidad tiende a compartir expresiones culturales y a construir valores propicios para la cooperación. En lo económico hay ventajas en que también compartamos recursos y en que los sistemas de producción a escala ofrezcan satisfactores accesibles para un mayor número de personas. Con todo, no podemos olvidar las lecciones que nos dejó la domesticación de Leviatán.

Ningún lugar más apropiado para hablar de estos problemas que Tucumán, aquí donde Alberdi nació. Dos expresiones del inolvidable maestro Pedro J. Frías definen a don Juan Bautista: “fue el primer argentino que vinculó política y economía” y “fue un pensador que de la realidad pasaba al futuro”,⁸ para lo cual asociaba imaginación, inteligencia y cultura. Establecer ese vínculo entre política y economía fue un acierto que debe tenerse presente de continuo, y atreverse a innovar fue la divisa que permitió construir este continente. Ese impulso alberdiano es el que conviene adoptar como orientador de nuestros trabajos en este Congreso.

En una de sus definiciones más certeras, Alberdi dijo que la soberanía “pertenece a la inteligencia”.⁹ No hay duda que el poder se limita a sí mismo con sus propias normas, y que esas normas son el producto de la inteligencia colectiva y se aplican como consecuencia de la inteligencia individual. Otra de sus lecciones atañe a la forma de construir las constituciones, que comienza como un proceso político prudente y conciliatorio entre unos pocos, y culmina como una decisión libre del pueblo.¹⁰

En su fase más cruda el Estado fue una maquinaria de abuso y de corrupción. La domeñó el constitucionalismo. La de nuestros antecesores, es una historia victoriosa. En cada uno de los siglos que nos precedieron, del XVIII acá, el constitucionalismo ha tenido un impulso incremental. Si hiciéramos cortes temporales amplios para ver en conjunto periodos de por lo menos cincuenta años, podríamos advertir que, con las naturales oscila-

⁸ Frías, Pedro J., “La provincia argentina entre Alberdi y la realidad”, en *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pp. 56 y ss.

⁹ *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 25.

¹⁰ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la república Argentina*, Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, p 157.

ciones de progreso y regresión, que obedecen a una dialéctica histórica, el balance ha favorecido los avances sobre los retrocesos.

Así se confirma en nuestra propia historia de cuatro décadas y es también por eso que estamos obligados a plantearnos nuevos derroteros. Lo que no podemos es resignarnos a que una mano, la del mercado global, desteje lo que hace la otra mano, la del Estado constitucional. La experiencia demuestra que fue posible racionalizar el Estado, y asimismo es dable racionalizar el mercado.

Tenemos que elaborar nuevos constructos. Los de soberanía, separación de poderes y contrato social fueron las claves para superar el absolutismo y para generar un impulso que ha llegado hasta nosotros. En muchos Estados todavía estamos en la fase de rediseñar las instituciones para consolidar la democracia; pero sólo es cuestión de tiempo porque ya conocemos los instrumentos requeridos para conseguirlo. Donde tenemos que trabajar más es en las nuevas concepciones, las de un Estado diferente para un mundo distinto.

La transformación cultural que han traído las nuevas formas de comunicación social podrá agregar otros pliegues al misterio de la representación política, como la llamada desde hace años Jorge Vanossi.¹¹ Es previsible una nueva manera de interacción entre representados y representantes; lo es también un giro en los sistemas electorales y en el acceso a la justicia. Las elecciones serán más sencillas y asequibles por lo que los mandatos podrán abreviarse. La perpetuación de la ley de hierro de las organizaciones que identificó Robert Michels hace más de un siglo podrá verse contrarrestada por una cultura política en expansión.

El ejercicio crítico del poder tenderá a moderarse en tanto que los instrumentos de control se apliquen con mayor efectividad. Tendremos que avanzar asimismo hacia formas dinámicas que permitan evaluar el impacto de las normas, de la justicia y de las políticas públicas. Muchas prácticas de participación social que fueron posibles en la democracia clásica volverán a serlo en las sociedades de masas gracias a la capacidad de expresión y de comunicación que las nuevas tecnologías permiten al ciudadano de la era electrónica.

Ahora bien, no podemos incurrir en la ingenuidad de considerar que estamos acercándonos a Arcadia. Todo avance tiene costes y riesgos. Las nuevas tecnologías otorgarán a los gobernados medios que facilitarán su integración a la vida política, pero también pondrán a disposición del poder político medios adicionales de control social y de intrusión en la vida priva-

¹¹ *El misterio de la representación política*, Buenos Aires, América Actual, 1972, pp. 31 y ss.

da, y facilitarán al poder económico instrumentos más eficaces de manipulación. Por eso es necesario prever instituciones que potencien las ventajas del instrumental tecnológico disponible y reduzcan tanto cuanto sea posible los efectos adversos que pueda tener para las libertades, para la dignidad y para la autonomía de las personas y de las organizaciones sociales.

En el medioevo hubo cambios tecnológicos, comerciales y comunicacionales, como la imprenta, que preludieron el surgimiento del Estado moderno. En la Ilustración también cambiaron la economía, con la revolución industrial, el comercio y la cultura, de lo que resultó el Estado constitucional. En nuestro tiempo se han producido cambios científicos y técnicos que hacen realidad lo que apenas unas décadas atrás era fantasía, la industria y el comercio globales han alcanzado una dimensión sin precedentes y la universalización de la cultura, asociada a la comunicación y a la informática, tiene características inéditas en la historia de la humanidad. Todavía no ha surgido el modelo de Estado que corresponda a la nueva realidad.

Los constitucionalistas somos espectadores de un mundo fascinante. También tenemos que ser sus protagonistas. La política se conforma con lo posible; pero el derecho constitucional aspira a hacer posible lo deseable. Hacia allá tenemos que ir. Este es un congreso que nos permitirá ver nuevos horizontes. Que tengan mucho éxito, queridos colegas, porque estoy seguro de que en este Congreso nos asomaremos al constitucionalismo del porvenir. Que así sea.

PALABRAS PRONUNCIADAS EN LA INAUGURACIÓN
DEL XI CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
“DR. JORGE CARPIZO”

Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ*

Hoy con la celebración del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional se rinde homenaje al doctor Jorge Carpizo, uno de los grandes constitucionalistas de Iberoamérica. Es un testimonio de reconocimiento y afecto hacía quien fue Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional hasta el momento mismo de su repentina e inesperada partida el 30 de marzo de 2012. Con este homenaje, el legado del doctor Carpizo se mantiene vivo y se acrecienta. Expreso nuestra gratitud a nombre de la Universidad Nacional Autónoma de México y en lo personal, por la invitación que se nos ha extendido para participar en el mismo.

En ocasión del homenaje que a instancias del Instituto de Investigaciones Jurídicas le rindió la Universidad Nacional Autónoma de México para celebrar sus 50 años de vida, emocionado el doctor Jorge Carpizo hacía patente su estrecho vínculo y agradecimiento al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. En esa ocasión, el doctor Carpizo mencionó:

Gracias, muchas gracias al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, que me ha honrado por diecinueve años con el cargo de Secretario General Ejecutivo y el cual nos ha unido entrañablemente a los constitucionalistas de América y Europa. Muchos de los ponentes en este Simposium son miembros distinguidos de él. Mucho me honrar con su presencia y sus trabajos académicos, además son amigos entrañables: Pedro de Vega, Domingo García Belaunde, Luis Favoreu, Hans Rudolf Horn, Manuel Aragón, Laura Sturleze, Jorge Mario García Laguardia, Anthony Jolowicz, Jorge Reinaldo Vanossi y Carlos Restrepo Piedrahita.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM y Abogado general de dicha universidad.

Han pasado casi 20 años de que Jorge Carpizo dio el discurso al que me he referido. Varios de los distinguidos constitucionalistas que asistieron a aquél Simposium Internacional que se organizó, hoy por fortuna están presentes en este espacio que nos convoca, así como otros tantos que también participaron y que en la cita se omiten, como los doctores Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés. Tengo la certeza que ante el homenaje que le rinde el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con la realización del Congreso que hoy inicia, Jorge Carpizo habría expresado su sincero agradecimiento y conmovido nos habría dicho “*gracias, muchas gracias, mil gracias, un millón de gracias*”.

En este XI Congreso Iberoamericano se ha querido recordar y rendir homenaje, no meramente formal, a un hombre que engrandecido a México con su pensamiento y su obra. Precisamente, en una carta póstuma de despedida, el doctor Carpizo señaló que el mejor homenaje que podría recibir, sería que sus libros y artículos se lean y reflexionen, de ahí el enorme acierto de los organizadores el decidir rendirle homenaje con este Congreso internacional, un evento eminentemente académico vinculado al constitucionalismo, materia, como todo el mundo sabe, fue su principal objeto de estudio, tanto como profesor de licenciatura y de posgrado, como investigador.

Quedan como testimonio de sus méritos académicos, entre otras muchas cosas, se encuentra su muy abundante obra editorial iniciada desde su juventud, que se compone de cerca de 20 libros, un centenar de artículos y cerca de 600 trabajos de menor extensión para revistas especializadas.

De sus obras deseo destacar “*El Presidencialismo Mexicano*” (1978), un clásico dentro del mundo jurídico, en el que analiza el régimen presidencial mexicano, su organización, las más importantes facultades que el presidente poseía, derivadas tanto de la Constitución, de la ley, como del sistema político denominadas “*meta-constitucionales*”, que le daban poderes extraordinarios y lo convertían en la columna vertebral del sistema político mexicano.

Jorge Carpizo amo a su Universidad Nacional Autónoma de México, su casa, institución que se convirtió en su gran pasión y a la cual se entregó incondicionalmente. En ella se preparó y sirvió a su país. Forjador de Instituciones contribuyó a la materialización de varias, entre ellas: la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; desde su posición de Secretario de Gobernación y presidente del Instituto Federal Electoral (IFE), promovió la reforma electoral de 1994 que, entre otras cosas, permitió dar una nueva estructura al Consejo General del IFE que incluía a seis ciudadanos, estableciendo las bases que permitieron posteriormente la transición de dicha institución gubernamental a una con carácter autónomo y ciudadanizado, como lo es hoy en día.

En ese mismo sentido, tal y como lo reconoció en diversas ocasiones, él quiso consolidar y afianzar al Instituto Iberoamericano en los cimientos del Instituto de Investigaciones Jurídicas y lograr la mayor trascendencia, bajo una perspectiva abierta, incluyente, lo cual se reflejó en el interés que tuvo por vincular al Instituto Iberoamericano a juristas de naciones diversas a las iberoamericanas y promover la creación de secciones nacionales en estos países.

De igual manera, Jorge Carpizo busco en todo momento vincular al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con los grandes eventos y preocupaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, muestra de ello fue su convocatoria para la realización conjunta o la participación en eventos tan relevantes para nuestra Universidad Nacional como lo fueron: la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia; el Foro Internacional sobre Políticas de Regulación del Consumo de Drogas; la creación del Museo de las Constituciones de México y la Cátedra Extraordinaria “Benito Juárez” sobre laicidad.

Ha pasado más de un año desde aquella fatídica tarde del viernes 30 de marzo de 2012. Si bien el tiempo nos ha llevado a aprender a vivir con el hecho de que Jorge ya no está físicamente con nosotros, la aceptación y comprensión de su partida todavía no llega y tampoco es probable que la alcancemos pronto.

De Jorge Carpizo aprendimos mucho quienes tuvimos el privilegio de conocerlo y las nuevas generaciones de juristas, tanto de México como del mundo, pueden y deben aprender mucho de él, no sólo como académico y especialista en Derecho, sino también como persona.

Él nos enseñó el respeto y el amor a la verdad, la reflexión personal, el valor incalculable de la honestidad, la importancia de la lealtad y de las consecuencias funestas de la traición que envilece y complica la existencia, generando desconfianza y temor, el espíritu de tolerancia, los derechos de la persona humana y de la dignidad, la conciencia de responsabilidad individual al mismo tiempo que el sentimiento de la justicia y la responsabilidad sociales.

Aprendimos con el ejemplo de su vida, la importancia de la objetividad, la sencillez y la congruencia entre lo que se piensa, se dice y se hace, ya que no obstante las grandes responsabilidades que tuvo y las presiones que enfrentó con motivo de ello, nunca modificó su don de gentes que se traducía en la sencillez de su trato, amabilidad, cortesía y deferencia que dispensaba a las personas con las que interactuaba.

Jorge Carpizo fue siempre un mexicano apasionado defensor del orden jurídico y la estricta aplicación del derecho, en particular de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos. Fue un promotor incansable de la cultura constitucional y de los valores contenidos en la misma, mostrando un sincero afán por actualizarla de conformidad con las nuevas realidades o para dar origen a importantes transformaciones. Un ejemplo de su defensa del orden jurídico es cuando en 1993 el Presidente de la República crea la Coordinación de Seguridad Nacional como órgano encargado de seguridad interior del país, misma con la que Jorge Carpizo no estaba de acuerdo por no tener una base constitucional y así se lo hizo saber, no obstante el Presidente decidió su creación y Jorge Carpizo se abstuvo de firmar el Decreto que la creaba.

Jorge Carpizo fue un ser extraordinario. Testimonio de ello es la serie de homenajes, reconocimientos y eventos académicos que se han llevado a cabo para honrar su memoria, celebrar su vida y reconocer su obra, los cuales han tenido lugar no sólo en la Universidad Nacional Autónoma de México, la cual fue, como lo he mencionado, su casa, sino también en otras ciudades de México y del extranjero, como el Doctorado Honoris Causa que, de manera póstuma, le entregó la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú, por citar solo un ejemplo.

Otra expresión del afecto y reconocimiento a Jorge Carpizo han sido las publicaciones que, sobre diversas materias, se han realizado en su honor. En este apartado merece la pena mencionar los libros: “*Serie de Cuadernos Jorge Carpizo, para entender y pensar la laicidad*”; “*Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro Homenaje al Dr. Jorge Carpizo*”; “*El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*”; “*Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*” y “*Jorge Carpizo en el corazón*”, todos ellos publicados por la UNAM, contando con la participación de connotados juristas de varias partes del mundo, así como amigos y compañeros del Doctor Carpizo. En el ámbito internacional, destaca el libro “*Homenaje a Héctor Fix Zamudio, Jorge Carpizo y Diego Valadés*”, el cual fue publicado en una coedición en la que participan, entre otras instituciones, la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Este XI Congreso Internacional, que su suma a la serie de homenajes a Jorge Carpizo, convoca a ilustres constitucionalistas de Iberoamérica quienes, con su contribución académica, disertaciones, reflexiones y ponencias que estoy cierto formularán, contribuirán a mantener vivos los ideales y aspiraciones que hace más de 30 años impulsaron a un notable grupo de juristas iberoamericanos especialistas en derecho constitucional, a formar el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. El hecho de que hoy estemos reunidos actualiza y da vigencia a los objetivos y propósitos con

que se creó el Instituto Iberoamericano, constituyendo por sí, un homenaje no sólo a la memoria de quien fuera miembro fundador y su primer Secretario General Ejecutivo, el doctor Jorge Carpizo, sino también un reconocimiento a todos y cada uno de los juristas que en 1974 emprendieron esta aventura.

La revisión del programa de este XI Congreso nos permite constatar la riqueza de los temas y asuntos que se abordarán y que están estrechamente vinculados con la realidad que se vive en Iberoamérica, debiéndose señalar que el programa del evento tiene el mérito, no sólo de poner en la agenda las problemáticas y cuestiones de relevancia actual, sino también de proyectar hacia el futuro, al invitarnos a reflexionar sobre los retos y desafíos del constitucionalismo iberoamericano. Seguramente este XI Congreso, dará lugar, como los precedentes, a grandes debates y a la determinación de importantes orientaciones y líneas de acción en el campo del derecho constitucional.

Nos esperan fructíferas jornadas de análisis, examen y reflexión. Compartiremos conocimientos e intercambiaremos experiencias e ideas que nos permitirán sopesar debidamente los tiempos difíciles que vivimos en la región. Estoy seguro que los objetivos del Congreso se alcanzaran por el alto nivel de los ponentes.

Finalmente, como lo he señalado en otros espacios, hablar sobre el doctor Jorge Carpizo me produce una gran alegría. Su personalidad como hombre íntegro, honrado, firme en su actuar pero justo al momento de tomar decisiones, generoso y humano, lo revelan como un gigante de nuestro tiempo, un mexicano y un universitario de excepción que, como lo describió el Doctor José Narro, Rector de la Universidad Nacional de México, con sentido humanitario, siempre pensó en el bienestar de sus semejantes, de la Universidad, de su País y, por qué no decirlo, de Iberoamérica.

Muchas gracias.

LAS REPERCUSIONES EN LOS ÁMBITOS INTERNO E INTERNACIONAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS DEL 10 DE JUNIO DE 2011*

Héctor FIX-ZAMUDIO**

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Nuevo paradigma.* III. *El derecho nacional de los derechos humanos de fuente internacional.* IV. *La reglamentación de la disposición constitucional sobre la reparación de las violaciones de los derechos humanos. La protección de las víctimas.* V. *La resolución de la Suprema Corte de Justicia del 14 de junio de 2011.* VI. *La necesidad de expedir una ley que establezca un organismo, que determine sus atribuciones y señale los procedimientos para el cumplimiento de las recomendaciones y las sentencias de organismos internacionales.* VII. *El control de convencionalidad, los precedentes de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, significó un cambio de gran trascendencia en cuanto a la regulación de los derechos humanos, si se toma en cuenta que tradicionalmente se había empleado el concepto de *garantías individuales*, vocable que proviene de la anterior Carta Constitucional Federal de 1857, aun cuando en esta última también se empleaba la terminología de los *derechos del hombre*, ambas denominaciones se originaron en las Constituciones francesas del si-

* La presente conferencia fue publicada como ensayo bajo el mismo título, en la obra conmemorativa del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, *El derecho laboral burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Ensayos temáticos*, México, Tribunal de Conciliación y Arbitraje, 2013, pp. 11-36.

** Investigador Emérito en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

glo XIX, esta última se reafirmaría en el siglo XX en las Cartas de 1946 y la vigente de 1958, y en nuestro país, se sustituiría por la nomenclatura actual de los *derechos humanos*.

En la Constitución Federal vigente de 1917, se elevaron a nivel constitucional los derechos sociales de los campesinos (artículo 27) y de los trabajadores (artículo 123) y por ello se calificó como la *primera constitución social del mundo*, si se toma en consideración que hasta 1918, cuando terminó la Primera Guerra Mundial, y en esa postguerra varias cartas fundamentales europeas, especialmente la alemana de Weimar de 1919, iniciaron la incorporación de los derechos sociales a nivel fundamental. Sin embargo, resulta contradictorio que en la mexicana no se hizo referencia a ellos en el Título I, la reforma de 2011, ya que sólo se refería a las garantías individuales y no hacía mención las de carácter social.

Desde mi punto de vista, esto se debió a que el Constituyente de Querétaro ya había aprobado el Título I con ese nombre de “garantías individuales”, y sólo con posterioridad, casi al final de las discusiones, se aprobaron los preceptos relativos a los derechos sociales y no modificaron la denominación del referido título I. Por otra parte, también se explica esa carencia de los derechos sociales en el proyecto de don Venustiano Carranza, ya que de acuerdo con el Plan de Guadalupe reformado en Veracruz el 12 de diciembre de 1915, se hizo patente en la conciencia del movimiento constitucionalista, que era necesario regular los derechos sociales, y con ese criterio se aprobó la Ley Agraria del 6 de enero de 1916, redactada por don Luis Cabrera, y también se elaboró un proyecto de Ley del Trabajo. Sin embargo, como es sabido, un grupo de constituyentes tuvieron el mérito de elaborar dichos derechos sociales a nivel constitucional, y lo hicieron en los últimos días de discusiones del Congreso de Querétaro, por lo que ya no se modificó el texto original del proyecto que había sido aprobado con anterioridad.

La gestación de la reforma constitucional de 2011 fue bastante lenta ya que se prolongaron por varios años las gestiones de académicos y organizaciones gubernamentales, para que los legisladores decidieran superar una tradición que parecía inamovible no obstante su anacronismo, es decir, la relativa a la denominación de garantías individuales como sinónimo de derechos humanos, pero además sin incluir en ella a los derechos sociales, que por otra parte se han incrementado de manera considerable en los últimos años en nuestra Carta Federal vigente; y como ejemplos, podemos señalar a los derechos de los pueblos indígenas incorporados en el año 2001 en el artículo 2° de la Carta Fundamental; así como los derechos a la alimentación, la protección de salud, a una vivienda digna y decorosa, de la niñez, y el acceso a la cultura, todos ellos incorporados en distintas fechas, pero re-

cientes, en el artículo 4° Constitucional, si bien varios de ellos, por diversas razones, todavía pueden considerarse como derechos programáticos debido a la carencia de recursos y de infraestructura para realizarlos en la práctica.

El haber denominado al título I de la Constitución Federal *De los derechos humanos y de sus garantías*, significó un cambio esencial, ya que por un lado se distinguen los propios derechos de sus garantías, considerando estos últimos de acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia y los mismos textos constitucionales, como los instrumentos primordialmente procesales que permiten el cumplimiento de esos derechos fundamentales, que en nuestra Carta Suprema se regulan en otros sectores de la misma (como el derecho de amparo (artículos 103 y 107, que por cierto, también fueron recientemente actualizados en la reforma constitucional de 6 de junio del citado año de 2011); las controversias constitucionales y las acciones abstractas de inconstitucionalidad (artículo 105, fracciones I y II).

Otra modificación esencial de la reforma de 10 de junio de 2011, es la relativa al reconocimiento a nivel constitucional de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que es parte el Estado Mexicano, de acuerdo con una evolución que no sólo se produjo en nuestro país, sino también la mayoría de los ordenamientos fundamentales de Latinoamérica. De acuerdo con esta tendencia, los mencionados derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, se han transformado en *derechos humanos nacionales de fuente internacional* con todas sus consecuencias, lo que hace evidente que la tutela de estos derechos debe realizarse esencialmente en el ámbito interno, ya que los organismos internacionales que los tutelan estos derechos tienen un carácter *subsidiario y complementario* respecto de la tutela nacional, la que además debe hacerse, de acuerdo con esa reforma mexicana, con base en el principio *pro persona*.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011. NUEVO PARADIGMA

En primer término, es preciso explicar que esta frase de *nuevo paradigma* ha sido utilizada por el sector mayoritario de la doctrina mexicana para explicar el significado del cambio producido la reforma sobre derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011, la que actualizó el concepto de los derechos de los habitantes de nuestro país, al superar, como se hace referencia en la introducción de este sencillo estudio, una tradición muy persistente en el derecho constitucional de nuestro país, al identificar el concepto de garantías con los derechos mismos, que es un concepto décimonónico ya rebasado desde hace

tiempo, inclusive en las Leyes Fundamentales de Latinoamérica, en las que se había incurrido en ese mismo error de las Cartas del siglo XIX, pero que se encuentra totalmente superado en la actualidad. En este sentido, dicha reforma significa un nuevo modelo que nos sitúa en el presente y no en el pasado.

Es preciso resaltar también que en el texto inmediatamente anterior del artículo primero constitucional se advierte una orientación claramente *positivista* (que además fue la de mayor impacto durante la primera mitad del siglo XX) respecto de los derechos fundamentales, ya que en la parte relativa a ese artículo primero se disponía que: “En los Estados Unidos Mexicanos *todo individuo gozará de las garantías* (o sea, derechos) *que otorga esta Constitución*, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece (...).” (El subrayado es del autor). El nuevo texto vigente del mismo artículo constitucional renueva de manera radical el precepto anterior en varios sentidos, todos ellos significativos, pues retoma conceptualmente, tal vez sin hacerlo de manera razonada, a la corriente iusnaturalista laica de la Ilustración que imperaba en la concepción de los derechos del hombre que se utilizó en el artículo primero de la Carta Federal de 1857, pues en ésta se utilizó el verbo *reconocer*, sustituido por el de *otorgar* el texto original de la Carta de 1917. En la redacción actual se emplea nuevamente este último verbo, con lo cual se reconoce la corriente que imperó en los regímenes democráticos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que utiliza un concepto iusnaturalista contemporáneo en materia de los derechos humanos, en cuanto se considera que son preexistentes al Estado de nuestra época, que los acepta, aunque los regula de manera que considera más adecuada para la comunidad política democrática.

III. EL DERECHO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL

Pero además de lo anterior, el primer artículo vigente de nuestra Carta Federal integra, dentro de dicho *reconocimiento*, no sólo los derechos anteriormente establecidos en la propia Constitución, sino también los *consagrados por en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte*; con lo cual se confirma de manera expresa el criterio expresado anteriormente por un sector de la doctrina mexicana en el sentido de que estos derechos internacionales al ser incorporados al ordenamiento mexicano de acuerdo con el procedimiento que establece el artículo 133 constitucional (ratificación del Ejecutivo son aprobación del Senado), debían considerarse como *derechos internos de fuente internacional*, los que en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (a

partir de 1999), se estima como aquellos situados inmediatamente por debajo de la Constitución y por tanto, con un rango más elevado que el derecho interno. En la reforma que se examina, se produce una modificación definitiva, pues dichos derechos internos se elevan a nivel constitucional, y por ello, a partir de la misma deben considerarse como *derechos constitucionales internos de fuente internacional*.

Además, ese reconocimiento de los derechos humanos se complementa con la disposición el párrafo segundo de dicho artículo primero constitucional, en el sentido de que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la interpretación más amplia* (principio *pro persona*), lo que significa que *en todo caso se aplicarán las normas nacionales o las internacionales que sean más favorables a las personas*.

Además, el párrafo tercero del mismo artículo primero constitucional dispone que *las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Estos principios son de gran trascendencia, ya que los mismos fueron establecidos en los Conferencias Mundiales de Derechos Humanos, la primera celebrada en la ciudad de Teherán en 1968 y la segunda y de mayor importancia, en la ciudad de Viena en 1993.

Por otra parte, es preciso tomar en cuenta que el último párrafo del citado artículo primero constitucional establece que el *Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos en los términos que establezca la ley*. Esta disposición final amplía de manera significativa las obligaciones del Estado Mexicano respecto a la tutela de los derechos humanos, tanto de aquellos establecidos con anterioridad y que permanecen en el texto constitucional así como respecto de aquellos de fuente internacional. En la redacción anterior del mencionado artículo se establecían como deberes del Estado, en primer término, proteger los derechos otorgados por ella de manera expresa y de no suspenderlos durante las situaciones de excepción, en los términos del anterior artículo 29 de la misma.

Este último precepto fue esencialmente modificado por la multicitada reforma constitucional, en la cual se introdujeron expresamente los lineamientos establecidos por el *derecho internacional de los derechos humanos*, y entre estas instituciones, dicho precepto incorpora actualmente las disposiciones relativas a ciertos derechos básicos que no pueden restringirse ni suspenderse durante los estados de excepción, e igualmente, la obligación de las autoridades competentes de fundar y motivar las disposiciones relativas, las que deben ser proporcionales al peligro existente, y observar en todo mo-

mento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Además de todo lo anterior, se dispone que los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción, deben ser revisados de oficio y de manera inmediata por la Suprema Corte de Justicia, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

IV. LA REGLAMENTACIÓN DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA REPARACIÓN DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Consideramos al respecto que dichas disposiciones fundamentales deben ser reglamentadas por el Congreso de la Unión, con efectos en todo el territorio nacional; y para ello, es necesaria la reforma del artículo 73 de la Ley Suprema que regula las extensas facultades del Congreso de la Unión y entre ellas, las relativas a las de expedir leyes con efectos en todo el territorio nacional, es decir, que abarquen los tres niveles de gobierno: municipal, de los Estados y el Distrito Federal, y el ámbito federal. En esta dirección se considera necesario que se expidan leyes reglamentarias, tanto por lo que respecta a las nuevas obligaciones de todas las autoridades del país de *prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos* establecidas en el artículo primero constitucional; y en segundo lugar, también es necesario legislar en los mismos términos respecto al nuevo texto del artículo 29 constitucional para reglamentar los estados de excepción. Por supuesto, la legislación reglamentaria de mayor urgencia se refiere a la tutela de los derechos humanos y así se ha entendido por el gobierno federal, ya que se expidió por el Congreso Federal la *Ley General de Víctimas*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 2013. Este ordenamiento fue prácticamente sustituido mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 3 de mayo siguiente, aunque sin modificaciones sustanciales respecto del texto anterior.

La protección de las víctimas es un problema muy complejo y difícil, y no ha sido sencillo establecer una legislación adecuada, especialmente en estos años en que la violencia de los grupos de la delincuencia organizada ha tenido consecuencia trágicas en todo el país, por lo que el número de personas que han sido afectadas por la violencia asciende a varios miles y ha continuado aumentando, lo que ha incidido en las obligaciones del Estado Mexicano sobre la prevención, reparación, investigación y sanción a los responsables; no únicamente de los delitos, sino en general a la violación gene-

realizada de los derechos humanos, transformándose en una situación cada vez más difícil de superar. Como todavía no se han establecido los organismos encargados de esta enorme tarea, el único que actualmente funciona de manera modesta, aunque con intensidad dentro de sus posibilidades, es la llamada *Procuraduría Social de Atención a las Víctimas del delito (PROVÍCTIMA)*, creada por decreto del anterior Presidente, Felipe Calderón, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de septiembre de 2011.

La ley de protección de víctimas vigente, así como la versión previa, publicada en enero anterior, no presentan diferencias de fondo; este ordenamiento ha sufrido críticas por parte de la doctrina, en dos sentidos: en primer lugar, por tratarse materialmente de “dos ordenamientos” (especialmente el primero), que contienen numerosas disposiciones de gran minuciosidad, las cuales debieron ser objeto de los reglamentos, puesto que son excesivamente extensas y difíciles de manejar, y además, con la pretensión muy generosa de proteger de *manera integral* a los afectados directos e indirectos, no solamente por conductas delictuosas comunes, sino también por la violación de derechos humanos; estas últimas, actualmente son excesivamente numerosas, por lo que su tutela rebasa por completo los recursos financieros del Gobierno Mexicano.

No obstante lo anterior, la crítica más contundente señala que, por tratarse, “el ordenamiento vigente”, de un conjunto de disposiciones aplicables a los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y del Distrito Federal, y municipal, se requiere necesariamente una reforma del artículo 73 de la Carta Federal en su fracción X. Esta modificación es necesaria para otorgar al Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre la protección de víctimas en todo el territorio nacional, y que se propuso de manera expresa en la iniciativa que presentó al Senado de la República, el entonces Presidente Calderón en 2011, fue el origen de la Ley de enero de 2013. Sin embargo, al ser modificada sustancialmente en ambas Cámaras, el mismo Jefe del Ejecutivo Federal pretendió vetarla, pero como sus observaciones fueron consideradas extemporáneas por el Congreso Federal, aquél presentó una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia que no fue resuelta, y de la cual se desistió el Presidente Peña Nieto. Esa controversia fue aceptada por nuestro más Alto Tribunal y por ello ordenó la publicación de dicha ley en enero de 2013, la que como hemos dicho, fue sustituida por la vigente de mayo del mismo año. Todo lo anterior nos indica claramente la complejidad y grandes dificultades de la legislación en este sector.

V. LA RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL 14 DE JUNIO DE 2011

Existe una cuestión que todavía no ha sido objeto de uno o varios ordenamientos legislativos, no solamente en nuestro país, sino en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, salvo la excepción del Perú que se señalará posteriormente. Y ante esta carencia debe resaltarse la importancia de la decisión de nuestra Suprema Corte de Justicia del 14 de junio de 2011, que debe considerarse como el resultado de una *opinión consultiva*, ya que se originó en una consulta formulada al Tribunal en Pleno de nuestro más Alto Tribunal, por el entonces Ministro Presidente Guillermo Ortiz Mayagoitia, con apoyo en el artículo 14, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, referente al trámite que debía seguirse en relación con la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla contra los Estados Unidos Mexicanos*, dictada el 23 de noviembre de 2009.

En primer término, se turnó la ponencia de este asunto al Ministro José Ramón Cossío la ponencia en este asunto, la que fue presentada y discutida en cuanto el fondo los días 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, y como conclusión de los debates se aprobó por mayoría de 7 votos, la propuesta de dicho proyecto en el sentido de que dicho fallo internacional determinaba obligaciones directas y específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, las que podría determinar sin coordinarse con otros órganos del poder del Estado Mexicano. El Tribunal en Pleno determinó por unanimidad de votos que se enviara el asunto a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quien formularía el engrose de ese expediente y entonces se presentara el nuevo proyecto al Pleno de la Suprema Corte de Justicia el 4 de julio de 2011, que fue discutido los días 7, 11, 12 y 14 de ese mes. En ese período se tomaron varias votaciones sobre los diversos aspectos planteados por dicha ponencia, en que también colaboró el Ministro Cossío Díaz, debido a la ausencia de la Ministra Luna Ramos en la última de las citadas discusiones. Durante la sesión de 14 de julio de 2011, se hizo revisión de las decisiones tomadas a lo largo del debate y se surgieron algunas modificaciones que también fueron votadas y aprobadas.

Debido a la complejidad, tanto de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla como de los acuerdos de la Suprema Corte mexicana en relación con el cumplimiento del fallo internacional en la parte que compete al Poder Judicial Federal, y en el caso de las Entidades Federativas, se hará un breve análisis en el intento de precisar los aspectos esenciales de las determinaciones de nuestro más alto tribunal en la citada opinión con-

sultiva. Se pueden dividir los resultados de la opinión consultiva en varios sectores: a) en la primera de sus determinaciones, la Suprema Corte aprobó que el reconocimiento por el Estado Mexicano de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a la Corte Suprema mexicana (lo cual ocurrió el 30 de noviembre de 1998, y sólo para hechos futuros a esta fecha) a adoptar los criterios interpretativos de aquélla en los litigios en los que el Estado Mexicano sea parte, pero dicho reconocimiento tiene carácter limitado ya que la propia Corte puede revisar, respecto de dichos fallos, las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por el Gobierno Mexicano a los tratados en que se apoyan dichas resoluciones y, finalmente, que dichos fallos internacionales son obligatorios en sus términos al Poder Judicial de la Federación.

b) En segundo término, la Suprema Corte de Justicia precisó que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son *orientadores*; c) un aspecto importante de las decisiones de la Suprema Corte concerniente a la sentencia pronunciada en el *Caso Radilla contra el Estado Mexicano* es aquel que se refiere a la modificación ordenada por la misma, del artículo 57 del Código de Justicia Militar mexicano. Se estableció que de acuerdo con los estándares internacionales, bajo ninguna circunstancia debe aplicarse el fuero militar (en realidad jurisdicción) en condiciones que vulneren los derechos civiles, y por ello en el futuro los jueces mexicanos deben aplicar el criterio de restricción de la jurisdicción militar, en cumplimiento de la sentencia en el caso Radilla y con apoyo en el actual artículo primero constitucional.

El último tema debatido en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con la propuesta del Ministro Cossío Díaz en calidad de ponente, fue el relativo a los efectos del fallo de la Corte Interamericana en el caso Radilla, los que implicaban el establecimiento de programas de capacitación para todos los jueces, magistrados, y en general, a todos los servidores públicos que realicen funciones jurisdiccionales de carácter federal, que tuvieran como contenido, la formación de todos los juzgadores en el conocimiento de la jurisprudencia interamericana, relativa a los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales, así como la protección judicial y la aplicación de estándares internacionales en la impartición de justicia; asimismo, la capacitación en la formación de los juzgadores mexicanos de los temas del delito de desaparición forzada para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de este delito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos para evaluar integralmente dicho ilícito, y de conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana; una vez que el Poder Ejecutivo realice las medidas que le corresponda para

el cumplimiento del fallo internacional, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la investigación se realice por los organismos civiles, por lo que los hechos investigados no pueden ser remitidos a las autoridades castrenses.

Esta opinión consultiva de la Suprema Corte de Justicia de México que se concluyó en la sesión de 14 de junio de 2011, y que sería publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de octubre de 2011, tiene una gran importancia, no sólo para fortalecer de manera muy amplia las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Gobierno de México, pues si bien se inició la intervención de la propia Corte debido a un caso concreto, es decir, la sentencia condenatoria dictada por la Corte Interamericana el 23 de noviembre de 2009 en el caso *Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano*, se ocupó dicha resolución entre múltiples aspectos, de determinar las obligaciones del Poder Judicial en el cumplimiento de dicha resolución internacional, ya que los acuerdos de nuestro más alto tribunal rebasan los efectos del caso concreto; asimismo, se establece un nuevo modelo sobre diversas cuestiones de los vínculos entre el Estrado Mexicano respecto de los organismos internacionales en el campo de la tutela y protección de los derechos humanos, debido a la evolución de la creciente internacionalización de las Constituciones contemporáneas, un fenómeno que se observa precisamente en este campo, cada vez más amplio, de la tutela internacional de los derechos humanos.

Los anteriores razonamientos nos conducen a nuevas consideraciones sobre la forma en que deben realizarse los efectos de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 sobre derechos humanos. Sobre la base de que los derechos establecidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que es parte el Estado Mexicano, como lo hemos señalado anteriormente, son *derechos nacionales de fuente internacional*; esta consideración implica que la protección *primaria y esencial* de dichos derechos corresponde al Estado Mexicano por medio de sus tres órganos del poder y en los tres niveles de gobierno, de acuerdo con su competencia, todo ello de conformidad con el principio calificado como *pro persona*, es decir, con la aplicación de las normas que sean más favorables para los afectados por las violaciones a dichos derechos.

Lo anterior no se ha entendido fácilmente, ya que en esta materia ha predominado el criterio de que las decisiones de las autoridades nacionales sobre esta materia pueden impugnarse ante los organismos internacionales de tutela de tales derechos para su decisión final. Pero en realidad, esta situación no es factible debido a que estos organismos ya sean administrativos o jurisdiccionales, únicamente pueden funcionar de manera *subsidiaria y com-*

plementaria, y no pueden ser considerados como organismos de impugnación regular respecto de los nacionales, a los que como se ha señalado, les corresponde la tutela esencial.

Nuestro país se encuentra vinculado con el sistema interamericano de derechos humanos, integrado por la Comisión y la Corte Interamericana, y por ello debemos atender las *recomendaciones* de la primera, para decidir de manera razonada sobre si el Gobierno Mexicano las acepta, y en este caso se convierten en vinculantes y existe la obligación de ejecutarlas, y si se trata de sentencias condenatorias, existe la obligación de cumplirlas a partir de noviembre de 1998 en que se reconoció expresamente la jurisdicción de dicho tribunal. Además, nuestro país ha reconocido a varios organismos administrativos de las Naciones Unidas, algunos de los cuales poseen competencia para emitir recomendaciones que nuestro gobierno tiene que recibir y atender de manera razonada, de tal manera que debe explicar si las acepta o expone los motivos para no hacerlo, y en el primer caso dichas recomendaciones se convierten en obligatorias y debe cumplirlas.

Al haberse reconocido en las reformas de 2011 que hemos invocado en varias ocasiones, el nivel constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, la protección de tales derechos es de carácter interno y constituye un sector de la defensa de la Constitución mexicana, y sólo en determinados casos importantes se puede acudir a la tutela de los organismos internacionales.

VI. LA NECESIDAD DE EXPEDIR UNA LEY QUE ESTABLEZCA
UN ORGANISMO, QUE DETERMINE SUS ATRIBUCIONES Y SEÑALE
LOS PROCEDIMIENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO
DE LAS RECOMENDACIONES Y LAS SENTENCIAS
DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Además de lo anterior, la reforma sobre derechos humanos de junio de 2011 acentúa las dificultades para la aceptación o rechazo de las recomendaciones de los organismos administrativos de derechos humanos, así para como el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana condenatorias para el Estado Mexicano. Dichos temas plantean un nuevo problema sobre la necesidad de legislar sobre los lineamientos para resolverlos. Esta es una cuestión que todavía no ha sido resuelta satisfactoriamente, salvo excepciones, inclusive en los procedimientos de los ordenamientos más avanzados, y particularmente en Latinoamérica. Las cuestiones planteadas en y la opinión consultiva de la Suprema Corte mexicana el 14 de julio de

2011 que planteó algunas de las cuestiones relativas a ese cumplimiento en relación con el caso Rosendo Padilla, se han extendido en relación con otras sentencias condenatorias del mismo tribunal internacional contra nuestro país, en los casos *González y otras* (“*Campo Algodonero*”), resuelto el 16 de noviembre de 2009; *Cabrera García y Montiel Flores*, el 26 de noviembre de 2010; *Rosendo Cantú y otra*, 31 de agosto de 2010; y *Fernández Ortega y otros*, del 30 de agosto de ese mismo año, así como los que pueden dictarse en el futuro.

Hasta este momento, de todos los ordenamientos latinoamericanos, Perú es el país que ha expedido la legislación más avanzada en esta materia. Al respecto, debe tomarse en consideración que el artículo 305 de la Constitución vigente de 1993 (con antecedente en el artículo 205 de la Carta anterior del 12 de julio de 1979), dispone que “*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios en los que Perú es parte.*” (Y se puede añadir que siempre el carácter complementario o subsidiario de dichos organismos y tribunales lo permitan). Este procedimiento de la Carta de 1993 fue reglamentado en sus inicios por los preceptos relativos de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley No. 23506) publicada originalmente el 8 de diciembre de 1982, con fundamento en la Constitución anterior de 1979, ordenamiento que con varias modificaciones sigue en vigor. El Título V de dicha ley intitulado *De la Jurisdicción Internacional*, contenía varios preceptos entre los que destacaba el artículo 40, el cual en esencia establecía, que la *resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se hubiese sometido el gobierno peruano no requería para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión o examen previo alguno, ordenando a la Corte Suprema su ejecución y cumplimiento.*

Sin embargo, con posterioridad se adoptó la Ley 27775 de 5 de julio de 2002, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales; un ordenamiento que establece dos tipos de procedimiento: el primero, para la ejecución del fallo que ordene al pago de una suma determinada; y el segundo, cuando implique la entrega de sumas por especificar.

Además, el citado ordenamiento regula el trámite del procedimiento abreviado para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, si la responsabilidad económica y el monto indemnizatorio apoyado en la declaración de que la parte ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado como consecuencia de juzgamiento internacional. El artículo 2° disponía los procedimientos para el pago de una suma por determinar y el proceso para fijar la reparación patrimonial, así como el monto indemnizatorio.

Las partes (el Estado demandado y el particular afectado) pueden acudir al arbitraje, pero además el artículo 5º regula el derecho de repetición en virtud del cual, una vez establecida la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procedimiento internacional, el Estado iniciará el procedimiento judicial para obtener la reparación de los daños y perjuicios. Un precepto significativo del citado ordenamiento es el que establece el procedimiento de ejecución de las llamadas medidas provisionales (precautorias o cautelares), que deben ser cumplidas por el juez peruano dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del recibo de la decisión respectiva.

También deben tomarse en consideración los actuales artículos 114 a 116 del Título X del Código Procesal Constitucional intitulado *Jurisdicción internacional*, que fue publicado el 31 de mayo de 2004, y establece los principios básicos sobre la competencia de los organismos internacionales entre los cuales se mencionan al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos, así como aquellos que se constituyan el futuro y que sean aprobados por los tratados internacionales y que sean regulados por los tratados que obliguen al Perú (artículo 114). Se advierte la omisión no corregida en el nuevo ordenamiento, sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa fue reconocida por el Gobierno peruano desde 1981) y se establece la ejecución de las resoluciones internacionales, asimismo, la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de proporcionar documentos y antecedentes a los citados organismos internacionales, así como todo elemento que a juicio de organismo supranacional sea necesario para su ilustración, a fin de resolver mejor el asunto sometido a su competencia (artículo 116).

A nivel reglamentario, se expedieron los decretos supremos 014-2000-JUS y 015-2001-JUS, por los cuales se establece el procedimiento para el seguimiento de las recomendaciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, de acuerdo con los cuales se encarga a la Comisión Especial de Seguimiento y Atención de Procedimientos Internacionales, además de coordinar en consulta con el Presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos, el seguimiento de las recomendaciones contenidas en informes o resoluciones adoptados en procedimientos internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos. Estos dos ordenamientos fueron complementados por el decreto supremo 005-2002-JUS, publicado el 26 de febrero de ese año, que conformó la Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relativos al

comunicado conjunto suscrito el 22 de febrero de 2001, entre el Gobierno Peruano y dicha Comisión Interamericana. Como puede concluirse de esta breve descripción sobre las normas relativas al cumplimiento de resoluciones internacionales en el ordenamiento peruano, la cuestión es bastante compleja y valdrá la pena una revisión para unificar y coordinar todas estas disposiciones para una mejor claridad en su regulación.

En esta dirección, se puede mencionar el apoyo (que se califica como tal porque es muy impreciso tanto en aspecto institucional como en los procedimientos) que han realizado en el *ordenamiento colombiano*, por medio de la ley 288 que se publicó el 9 de julio de 1996, con la finalidad de *establecer los instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados “órganos” internacionales de derechos humanos*. En dicho ordenamiento se establece que una vez notificada la decisión respectiva al Estado Colombiano, se integra un Comité Interno formado por los Ministros del Interior, de Relaciones Exteriores, de Justicia y de Defensa Nacional, el que debe pronunciarse ha lugar a cumplir la decisión del organismo internacional, la cual debe reunir los *presupuestos de hecho y de derecho establecidos por la Constitución Política y en los tratados internacionales aplicables*, lo que significa que se somete a revisión las decisiones internacionales a una instancia interna con amplias facultades. Con posterioridad a la determinación del citado Comité, se establecen otras etapas, una de las cuales implica la posibilidad de una conciliación entre las víctimas y el gobierno de Colombia, de tal manera que en caso de resolución favorable, el Gobierno Nacional solicitará esa audiencia de conciliación ante el agente del Ministerio Público adscrito al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a fin de decidir si el convenio resulta lesivo a los intereses patrimoniales del Estado, o bien si puede ser viciado de nulidad. Si dicho acuerdo es aprobado, esa decisión tiene el resultado de un crédito y efecto de cosa juzgada. Una vez agotado el procedimiento, se envía el resultado a la instancia internacional para dar satisfacción a las observaciones correspondientes.

Es posible una mejor comprensión de estas disposiciones, si se toma en consideración que el artículo 2° de la ley mencionada sólo tiene aplicación respecto de ciertos organismos internacionales como son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecido por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismos que únicamente está facultados para expedir recomendaciones no obligatorias para los Estados Parte, y sólo, como se ha dicho, no tienen carácter obligatorio, salvo si son expresamente aceptadas por los Estados.

En esa dirección, también debe mencionarse un proyecto de ley presentado al Senado argentino el 28 de octubre de 1999, con el número 1830, y en una segunda ocasión, el 17 de abril de 2001 con el número 327-01, con motivo de la caducidad de la primera iniciativa. En este proyecto de ley se hace la propuesta de la obligatoriedad de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana en sus informes confidenciales dirigidos al Estado argentino, con apoyo en el artículo 50 de la Convención Americana. Además, dicho proyecto distingue entre las recomendaciones de la citada Comisión y las sentencias de la Corte Interamericana; así, respecto de aquellas que entrañan el pago de indemnizaciones, se propone que se tomen *medidas ejecutivas, judiciales y legislativas que fueran necesarias*. En el caso de que estuvieran implicadas autoridades provinciales, el gobierno nacional debe notificarles la decisión y otorgarles un plazo razonable para su cumplimiento. Sin embargo, si esta determinación no se ejecuta, el gobierno nacional debe retomar el conocimiento del asunto y dictar las medidas necesarias, incluyendo las responsabilidades que correspondan al incumplimiento provincial.

Además, en el mismo proyecto se recomienda que cuando la resolución internacional implique el pago de indemnizaciones pecuniarias, el asunto debe someterse a los organismos jurisdiccionales para su resolución, previa audiencia de conciliación. El procedimiento concluye con una sentencia que adquiriría la categoría de cosa juzgada (art. 4 y 5). En este supuesto, para hacer frente a la obligación financiera respectiva, corresponde al poder ejecutivo nacional incluir en el proyecto de presupuesto el crédito correspondiente. Como puede observarse en esta sección, dicho proyecto que se examina se refiere al cumplimiento de las recomendaciones provisionales de la Comisión Interamericana con apoyo en el artículo 50 de la Convención, que carecen de carecer obligatorio y por ello se requiere la aceptación del gobierno argentino. Falta en el proyecto legislativo la referencia a la situación en la cual no se aceptó total o parcialmente dicho informe provisional o que no cumpla con lo propuesto en el mismo, pues en esa situación la Comisión debe aplicar lo dispuesto por el artículo 51, de acuerdo con el cual dicho organismo internacional hará las recomendaciones pertinentes con apoyo en la votación de la mayoría absoluta de sus miembros y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

Se puede concluir que el proyecto que se analiza es limitado ya que no distingue con precisión entre los informes que pueden ser dictados por la Comisión Interamericana y sus efectos; tampoco señala dicha iniciativa, la diferencia que existe entre esas resoluciones son las sentencias de la Corte,

que son *obligatorias para los Estados que han reconocido su jurisdicción*, como lo ha hecho el Estado Argentino, en ese caso, su cumplimiento no puede ser sometido a revisión nacional interna. Además, sería conveniente comprender también el cumplimiento de las recomendaciones aceptadas y emitidas por los organismos administrativos de las Naciones Unidas, así como las sentencias los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y a su medida, las emitidas por el Tribunal Penal Internacional.

Dentro de esa breve descripción de los intentos y ensayos de los gobiernos latinoamericanos para regular el cumplimiento de recomendaciones aceptadas y las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, se puede mencionar el *Proyecto de Ley número 4667/2004* presentado ante el *Congreso Nacional de Brasil*, con el objeto de regular los efectos jurídicos de las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. El proyecto es demasiado escueto, y si bien, es verdad que no deben elaborarse, como con frecuencia ocurre en la actualidad, leyes exageradamente minuciosas y reiterativas, deben regularse con precisión las instituciones y los procedimientos para el cumplimiento de las resoluciones internacionales de todos los organismos de protección de derechos humanos, tanto administrativos como judiciales reconocidos por el Estado respectivo.

El artículo primero de este proyecto señala que las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, cuya competencia hubiese sido reconocida por el Estado brasileño, *deben producir efectos jurídicos inmediatos en el ámbito del ordenamiento jurídico de ese país*. De acuerdo con el artículo segundo, *si alguna de esas decisiones tiene carácter indemnizatorio, las mismas deben configurar títulos ejecutivos y están sujetas a la ejecución directa contra la Hacienda Pública Federal*. Como puede observarse, no se hace referencia a otro tipo de reparaciones, las cuales complementan la tutela de las víctimas, además de las indemnizaciones económicas, ya que dichas reparaciones se han perfeccionando y diversificado de manera reciente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo que respecta al ordenamiento mexicano, se han hecho débiles esfuerzos, paulatinos y complejos, para legislar en la materia de cumplimiento de recomendaciones aceptadas y sentencias condenatorias de organismos y tribunales internacionales. En esta dirección tienen una gran trascendencia los documentados y minuciosos estudios publicados por el distinguido investigador mexicano *Jorge Ulises Carmona Tinoco*, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien no sólo ha analizado con minuciosidad los diversos ensayos legislativos y administrativos efectuados por el Gobierno Mexicano en las últimas décadas del siglo XX y las dos primeras del presente, sino que ha propuesto soluciones muy atendibles que en

gran parte coinciden con las que se expresan en este estudio panorámico, en el sentido de que, con la finalidad de que los intentos que se han elaborado en los ordenamientos latinoamericanos mencionados anteriormente puedan lograr resultados efectivos, es indispensable que se establezca un marco normativo adecuado para el cumplimiento positivo de las recomendaciones aceptadas y los fallos internacionales condenatorios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o en el futuro, de otros tribunales también supranacionales que pueden dictar fallos sobre los mismos derechos, como la Corte Internacional de Justicia y o en su caso, la Corte Penal Internacional, aunque esta emite resoluciones contra individuos.

En primer término, debe mencionarse la *Ley sobre Celebración de Tratados* publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de enero de 1992, cuyo artículo 11 contiene una disposición poco precisa sobre el cumplimiento de resoluciones internacionales y que es conveniente transcribir:

Art. 11.- Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales *derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8º, tendrán eficacia y serán reconocidas en la República y podrán utilizarse como prueba en los casos nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Cíviles y los tratados aplicables.* (el subrayado es del autor)

Del citado artículo 11 se desprende con claridad que se trata de conflictos de derecho privado (civil y mercantil) y que no se legisla sobre a las controversias de derecho internacional público y específicamente, en relación con los derechos humanos.

Muy brevemente se pueden citar varios decretos del Poder Ejecutivo que crearon organismos dirigidos a establecer procedimientos sobre el cumplimiento de recomendaciones y sentencias internacionales. En esta dirección, se puede mencionar el Acuerdo Presidencial publicado el 17 de octubre de 1997 que estableció la *Comisión Intersecretarial para la Atención de los Compromisos Internacionales de México en Materia de Derechos Humanos*; ordenamiento al cual siguió un nuevo acuerdo presidencial de 11 de marzo de 2003, por el cual se estableció con carácter permanente la *Comisión de Política Gubernamental en materia de Derechos Humanos*, con una muy numerosa participación de diversas entidades gubernamentales; entre sus funciones se encontraba la de coordinar las acciones de dichas entidades y dependencias para *dar cumplimiento a las sentencias, resoluciones y recomendaciones dictadas por organismos internacionales de derechos humanos cuya competencia fuera reconocida por el Estado Mexicano*. Otra nueva etapa está constituida por del Decreto Presidencial del 29 de agosto

de 2008 que aprueba el *Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012*, de carácter obligatorio para todas las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, y que se extendía con el mismo carácter para los organismos descentralizados y autónomos, todo ello dentro de sus respectivas competencias. Este Programa cuenta con lineamientos que son muy amplios y detallados, debido al carácter sintético de este trabajo, únicamente citamos las llamadas *Estrategia 4.2*, la cual propone: “*Impulsar el seguimiento de las recomendaciones, observaciones generales y opiniones consultivas de los organismos internacionales en materia de derechos humanos, así como el cumplimiento de sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales.*”

Finalmente, en este mismo sentido es conveniente mencionar el Acuerdo del Secretario de Gobernación publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de diciembre de 2008 por el cual se crea dentro de esa dependencia la denominada *Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos*, como responsable de llevar a cabo la verificación periódica del avance del mencionado Programa Nacional de Derechos Humanos 2008-2012, en el cual, los períodos de la verificación serían los que determinara el Pleno de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos.

Para la elaboración de una iniciativa de ley sobre el cumplimiento y ejecución de las resoluciones de los organismos y tribunales internacionales, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden servir de apoyo los ordenamientos dictados por algunos Estados latinoamericanos y que han citado con anterioridad, pero en el aspecto de reparaciones económicas, puede también utilizarse como precedente la reforma constitucional de 2002 y la ley reglamentaria expedida en 2004 por el Congreso de la Unión, sobre la *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, que si bien regulan esta institución en el ámbito interno, sus preceptos pueden ser de utilidad el nuevo ordenamiento que se propone.

Sería muy difícil dar una descripción detallada de la futura ley de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, así como de las expedidas por los organismos administrativos de las Naciones Unidas, reconocidos por el Estado Mexicano, y de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el futuro, como apuntamos, de la Corte Internacional de Justicia en materia de derechos humanos y en su caso, de la Corte Penal Internacional.

En esa futura ley, que debe tener aplicación en los tres ámbitos de gobierno, es decir, federal, estatal, del Distrito Federal, y de los Municipios, requerirá una nueva modificación del artículo 73 nuestra Ley Fundamental; no sería posible debido a la índole de este somero estudio detallar sus

alcances, por lo que sólo es posible plantear sus líneas directrices. En primer lugar, en el aspecto estructural, consideramos conveniente establecer un organismo permanente, con la denominación que se considere conveniente, integrada por un número razonable de miembros, es decir, entre seis y ocho, designados por el Senado a propuesta del Ejecutivo Federal, por un término de cinco años, con una sola posible reelección, pero que tuviesen varios años de experiencia en el conocimiento y aplicación de alguna de tres disciplinas esenciales: *derecho constitucional*, *derechos humanos* y *derecho procesal*, los cuales se reunieran en sesiones periódicas frecuentes, para dictaminar sobre las autoridades competentes, los procedimientos y las decisiones que deben tomar las autoridades que consideraran competentes para ello.

En cuanto a sus atribuciones, las siguientes podrían ser las más convenientes: a) una vez que la Secretaría de Relaciones Exteriores les comunicara las recomendaciones y las decisiones de los organismos internacionales reconocidos por el Estado Mexicano, sobre la infracción por parte de autoridades pertenecientes al mismo, de derechos humanos regulados por los tratados también aceptados por nuestro país, de acuerdo con lo establecido por el artículo primero de la Constitución Federal; b) los expertos deberían elaborar sus propuestas en un plazo razonable, de acuerdo con la complejidad de los asuntos estudiados. Si se tratara de recomendaciones en las materias que se han analizado anteriormente, los miembros de dicho organismo tendrían la facultad, después de analizarlas a la mayor brevedad, para formular sus puntos de vista sobre la aceptación o rechazo de las mismas. Si se trata de sentencias condenatorias de organismos jurisdiccionales, particularmente de la Corte Interamericana, sería preciso determinar y fundar sus propuestas sobre la autoridad o autoridades que debían cumplirlas y la forma de hacerlo.

c) En los supuestos anteriores, las autoridades que reciban las propuestas no pueden ignorarlas o rechazarlas, sino que, si las consideran debidamente fundadas, deben cumplirlas. Por lo contrario, si tienen argumentos para no aceptarlas, deben fundamentar cuidadosamente sus decisiones y remitirlas a los expertos para un nuevo dictamen, de acuerdo con los argumentos de las autoridades respectivas.

Sería materia de un nuevo análisis profundizar sobre el organismo de expertos, sus funciones y procedimientos, para formular con mayor detalle los lineamientos de este ordenamiento, que se considera no únicamente necesario, sino indispensable para evitar equivocaciones y dilaciones en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de nuestro país, de acuerdo con los preceptos establecidos en nuestra Carta Fundamental de conformidad con la reforma de junio de 2011.

VII. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD, LOS PRECEDENTES DE LA COMISIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En forma muy breve, se harán comentarios sobre estos temas, con apoyo en lo expuesto en este somero análisis. De acuerdo con el criterio de que la reforma constitucional tantas veces citada de junio de 2011, para elevarse a nivel constitucional los derechos humanos establecidos por los tratados internacionales en los que es parte el Estado Mexicano, estos derechos deben considerarse como *derechos constitucionales de fuente internacional*, y si bien tengo mucho respeto por mi estimado amigo y colega el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que en la actualidad desempeña con gran distinción el honoroso cargo de Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que el control de la convencionalidad no sólo corresponde a dicho tribunal, sino también a los organismos jurisdiccionales mexicanos cuando conocen y deciden sobre esta materia. En mi criterio personal, considero que la convencionalidad únicamente compete a los tribunales internacionales, y no a los de nuestro país, en virtud del carácter nacional de los derechos humanos de fuente internacional, de manera que los tribunales de nuestro país, dentro de sus atribuciones, únicamente les corresponde aplicar la normas constitucionales de fuente internacional, es decir, en todo caso *se conforma un control constitucional* que abarca también a los tratados internacionales incorporados por haber sido reconocidos por nuestro país.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva a concluir que de manera diferente a lo que consideran algunos colegas mexicanos muy destacados, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en mi concepto, únicamente es obligatoria para nuestro país cuando se contiene en sus sentencias condenatorias para el Estado Mexicano, mientras que en los demás casos, únicamente son indicativas y orientadoras, en virtud de que la aplicación de dichos tratados corresponde a las autoridades de nuestro país; pero lo anterior no significa que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no pueda servir de una guía muy útil y en ocasiones necesaria, y por ello se ha aplicado con frecuencia por varios tribunales constitucionales de nuestra Región, que la invocan con asiduidad. Estoy seguro que esto ocurrirá con nuestros tribunales, pero no de manera imperativa.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos*

- Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 17, enero-junio de 1993, pp.9-46. *Id. Derechos Humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, 1997.
- AYALA CORAO, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los Tratados Relativos a derechos humanos y sus consecuencias* México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2001.
- BREWER CARÍAS, Allan, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 29-78.
- CANÇADO TRINDADE, Antõnio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y problemática de las fórmulas latinoamericanas para atención de recomendaciones y ejecución de sentencias internacionales en materia de derechos humanos”, ponencia presentada en el VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, UNAM, diciembre de 2010.
- , “El marco jurídico institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra coordinada por Ricardo Méndez Silva, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 335-396.
- , “La necesidad de Políticas Públicas latinoamericanas para la eficacia de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en el libro coordinado por Luis Eduardo Andrea y Zavala, *Políticas públicas y Derechos Humanos*, México, ITESM, 2011, pp. 223-291.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2005.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional contra el Estado Mexicano; Los feminicidios en Ciudad Juárez (Caso Campo Algodonero). La segunda sentencia condenatoria en contra del Estrado Mexicano; Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, los tres libros, publicados en México, Porrúa, los dos primeros en 2009 y el tercero en 2011, respectivamente.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en la obra *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000 pp. 205-242.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en la obra editada por Javier Pérez Royo, Joaquín Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, tomo I, pp. 1727-1746,
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La reciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, El Colegio Nacional, 2008, pp. 81-167.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, Costa Rica, año 11, núm. 11, 2011, pp. 232-255.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo. Nuevo Paradigma*, México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Estado Social y sus implicaciones,” *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, 4a., ed, Madrid, Ariel, Cuadernos de Humanidades núm. 1, 1945.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, UNAM- Porrúa, 2011.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 28 de noviembre de 2009 (excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas)”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. XI, 2011, pp. 561-591.
- VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago José, “El Caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, 2011, pp. 515-560.

DEMOCRACIA Y POPULISMO EN AMÉRICA LATINA

Gonzalo ARMIENTA HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Evolución de la democracia en América Latina*. II. *Calidad de la democracia en América Latina*. III. *Populismo y democracia*. IV. *El control constitucional de la democracia*. V. *El control de la democracia en los sistemas democráticos Iberoamericanos*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*

I. EVOLUCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

Las tendencias democráticas en América Latina no son muy antiguas ya que es hasta mediados de los 70s cuando se empiezan a consolidar en nuestro continente los sistemas democráticos, lo anterior en razón de la disminución considerable de golpes de estado mediante las organizaciones militares, al respecto Jesús Orozco señala en su trabajo sobre los sistemas electorales en América Latina que "...a partir aproximadamente de 1977-1978, los países de América Latina empezaron a desarrollar una importante agenda de reformas constitucionales, políticas y electorales, relacionadas con el régimen de gobierno, sistema electoral, sistema de partidos, y mecanismos de democracia directa.", afirmando este autor que "Este proceso de reformas se ha caracterizado por su contribución a la transición de la democracia en los dieciocho países de la región" como lo son los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.¹

* Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa (campus Culiacán). Coordinador de la Unidad de Posgrado de dicha facultad.

¹ Orozco Henríquez, Jesús, "Nuevas tendencias sobre el sistema electoral, sistema de partidos y mecanismos de democracia directa en América Latina", en *Tendencias del constitucionalismo*, Coordinadores Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Daniel Zavatto UNAM, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Agencia Española de cooperación

Pero sin duda independientemente de las reformas estructurales en materia política que instrumentaron los citados países Latino Americanos, el hecho de que el ejército de cada país haya asumido el papel que le corresponde, influyó de manera determinante para la consolidación democrática, que aunque sigue inacabada difícilmente puede dar marcha atrás.

Sin lugar a dudas podríamos hablar de una democracia verdaderamente madura para América Latina con una población menos pobre ya que en la actualidad se ha llegado a la conclusión que la democracia va ligada en forma determinante con la pobreza, pues mientras mayor índice de pobreza tenga un país su democracia será mucho más limitada.

De acuerdo al informe de la democracia en América Latina emitido por el Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de la República Mexicana, la democracia electoral alcanzada por los países de la región se basa en los siguientes elementos:

- Autoridades públicas electas
- Elecciones libres y limpias
- Sufragio Universal
- Derecho a Competir con cargos públicos
- Libertad de expresión
- Acceso a información alternativa
- Libertad de asociación
- Respeto por la extensión de mandatos según plazos constitucionales establecidos
- Territorio define claramente la población
- Expectativa de que el proceso electoral y las libertades se mantendrán en un futuro indefinido²

En cuanto a la reducción de la pobreza un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL nos indica que sólo 7 de 18 países de América Latina podrían llegar a alcanzar la meta de reducción de la pobreza a la mitad en el año 2015, este estudio se refiere a Argentina, Chile, Colombia, Honduras, Panamá, República Dominicana, y Uruguay,

internacional para el desarrollo, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México 2009 p. 227

² Centros de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados LIX Legislatura, *Informe de la Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, <http://www.diputados.gob.mx/cesop/boletines/no6/INFORME%20DE%20LA%20DEMOCRACIA%20EN%20AMERICA%20LATINA.pdf> consultado 23 de mayo 2013.

el mismo estudio nos indica que algunos países seguirían reduciendo la pobreza pero a la mitad, se refiere a Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México y Nicaragua, y por lo que hace a Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela los niveles de pobreza extrema se elevarían.³

Otro interesante análisis es el que efectúa Julio César Ortiz el que al hacer un estudio sobre la evolución de la democracia en nuestro continente concluye:

En los primeros años de este período 1978-1988, se produce el más importante movimiento de instauración constitucional de regímenes políticos civiles en casi todos los países de la región, de una parte, y se arriba a la consolidación democrática de sus instituciones, de otra. Además, durante esos diez años iniciales se reconocen en el nivel constitucional los derechos humanos y los instrumentos de tutela y amparo constitucional.⁴

Como consecuencia de esta indudable evolución democrática, los derechos humanos también evolucionan a partir de la década de 1988-1998, así Julio César Ortiz señala que en este periodo que se produce una notable:

... expansión de las instituciones de garantía de los derechos humanos y de sus instrumentos y mecanismos de protección y defensa; además, en la región también se produce un muy rico movimiento de reforzamiento de sus garantías judiciales que incluye la justicia constitucional en sus diversas proyecciones y esferas normativas.⁵

De esta manera tanto los Derechos Humanos como la democracia participativa han evolucionado de manera muy positiva aunque limitada por los índices de pobreza de nuestros países Latino Americanos además, en la mayor parte de los dieciocho países de la región se han incorporado instituciones modernas de la democracia participativa mediante los órganos constitucionales autónomos e independientes y los organismos constitucionales de control.

³ www.revistatuturos.info consultado 25 de mayo 2013.

⁴ Ortiz Gutiérrez, Julio Cesar, "La evoluciones de los sistemas de partidos , El sistema electoral y las instituciones de la democracia directa en América Latina" en *Tendencias del constitucionalismo*, Coordinadores Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Daniel Zavatto UNAM, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Agencia Española de cooperación internacional para el desarrollo, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional México 2009 p. 243.

⁵ *Ibid.*, p. 244.

II. CALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo al breve análisis realizado sobre la evolución de la democracia en América Latina, es dable concluir que en los últimos veinte años ha venido evolucionando positivamente, inclusive dentro de los países que en la actualidad se conciben como totalitarios (Cuba y Venezuela principalmente), sin embargo la evolución de la misma en los países Latino Americanos, no ha sido uniforme, por lo que a continuación me referiré a los avances que han tenido los principales países de nuestro continente.

La calidad de la democracia en nuestro continente tiene su máxima expresión en 2011 considerando que la democracia va ligada al desarrollo económico de un país

En el trabajo titulado Mitos y realidades sobre calidad de la democracia en América Latina, se publica una tabla en donde se le otorga una puntuación a 15 países en relación a su calidad de democracia tomando en cuenta factores tales como: 1. Estado de Derecho 2. Accountability electoral, 3. Accountability interinstitucional 4. Participación política 5. Libertad y solidaridad. De acuerdo a estos atributos tenemos los siguientes resultados, iniciando con los países que de acuerdo a estos factores cuentan con la mayor puntuación:

País	ED	RCE	RCI-I	PP	CP	R	L	S/I	Total
Uruguay	3.84	4.62	3.40	3.53	4.50	4.50	4.33	3.83	4.07
Costa Rica	3.78	4.65	3.84	3.29	4.00	4.50	4.25	3.47	3.97
Chile	3.85	4.62	3.66	3.48	4.00	3.25	4.00	3.30	3.77
Argentina	2.90	4.30	3.54	3.40	3.83	4.00	3.83	3.05	3.16
Brasil	2.83	4.23	3.90	3.43	4.33	3.88	3.50	2.50	3.57
Colombia	2.19	3.83	3.42	3.23	3.33	4.13	2.90	2.28	3.61
Bolivia	2.49	3.82	2.76	3.38	3.75	3.75	3.00	1.67	3.08
Ecuador	2.31	3.86	3.20	2.67	3.50	3.10	2.83	2.17	2.95
México	2.04	4.08	3.28	2.82	2.50	2.75	3.00	2.33	2.85
Paraguay	2.42	3.53	2.95	2.83	2.75	2.75	3.13	2.55	2.80
Perú	2.12	3.85	2.35	2.78	3.67	2.75	2.33	2.25	2.76
Venezuela	1.96	3.49	2.50	2.75	2.50	2.88	2.58	3.00	2.71
Nicaragua	1.97	3.41	2.68	2.96	3.17	2.50	2.08	2.00	2.60
El Salvador	2.09	3.70	2.64	2.11	2.50	2.88	2.17	2.17	2.53
Guatemala	1.88	3.57	2.51	2.34	3.17	2.63	2.08	1.42	2.45

* ED = Estado de Derecho; RC E = *accountability* electoral; RC I-I = *accountability* interinstitucional; PP = Participación Política; CP = Competencia; R = *Responsiveness*; L = Libertad; S/I = Solidaridad/Igualdad⁶

⁶ www.condistintosacentos.commitos-y-realidad-sobre-la-calidad-de-la-democracia-en-america-latina, consultado 2 de junio 2013.

Un diverso estudio desarrollado por la consultora argentina Polilat y la fundación Konrad Adenauer, señala que se registra un avance en América Latina del 7.15% respecto del año anterior situando a Venezuela en el último lugar, o anterior debido al proceso de reelección del extinto Presidente Hugo Chávez.⁷

De conformidad al referido estudio, Costa Rica se ubica en el primer lugar del índice de los países con mayor democracia en América Latina y por lo que hace a Argentina, Brasil, México, Panamá y Perú se considera un grupo de desarrollo medio.

Este análisis ubica a Colombia, El Salvador, Paraguay y Honduras con un bajo desarrollo y a Nicaragua, Venezuela, Ecuador, Guatemala, República Dominicana y Bolivia como desarrollo mínimo.

Para llegar a estas conclusiones se tomó en cuenta el desarrollo económico y los programas de beneficios a los sectores sociales menos favorecidos, aunque esto no significa que los países más desarrollados económicamente tengan menos desigualdad social.

El nivel de pobreza en América Latina de acuerdo a un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) se encuentra en su nivel más bajo en tres décadas pues 168 millones de personas están bajo la línea de pobreza en 2011 es decir el 29.4%, registrándose una baja de 1.6 puntos porcentuales con respecto al 2010.

De acuerdo a un estudio de la Cepal, el índice de pobreza en América Latina se redujo del 31% que existía en 2010 al 29.4% en 2011.⁸

El estudio de la Cepal indica que siete países registraron caídas significativas en las tasas de pobreza: Argentina de 8.6 a 5.7% Brasil de 24.9 a 20.9% Colombia de 37.3 a 34.2% Ecuador de 37.1 a 32.4% Paraguay de 54.8 a 49.6% Perú de 31.3 a 27.8% y Uruguay de 8.6 a 6.7%

Los factores determinantes para que el índice de pobreza se redujera fueron el aumento de los ingresos laborales y una mayor inversión pública y privada.

De esta manera se puede decir que existen metas muy claras que deben de cubrir los gobiernos para mejorar la calidad de la democracia, es por ello que la Asamblea de las Naciones Unidas para América Latina, ha fijado los siguientes objetivos para el desarrollo del milenio:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre, reduciendo a la mitad entre 1990 y 2015 el porcentaje de personas con ingresos inferiores a un dólar diario y reducir a la mitad entre 1990 y 2015 el porcentaje de personas que padecen hambre

⁷ <http://www.comercio.com/politica/informe-democracia-america-latina>, consultado mayo 20 de 2013.

⁸ <http://dinero.univision.com> consultada el 23 de mayo de 2013.

2. Lograr la enseñanza primaria universal. Velar porque, para 2015, los niños y las niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria.
3. Promover la equidad de género y la autonomía de la mujer. Eliminar las desigualdades entre los generos en la educación primaria y secundaria
4. Reducir la mortalidad infantil. Reducir en dos terceras partes entre 1990 y 2015 la tasa de mortalidad de los niños menores de cinco años
5. Mejorar la salud materna.
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
7. Garantizar la sostenibilidad ambiental
8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo⁹

Como ya lo indicamos, el cáncer con el que todavía nos tenemos que enfrentar los países Latino Americanos es la pobreza extrema y es por ello que la visión de las Naciones Unidas es muy clara al tener como principal objetivo la erradicación de esta pues de lo contrario no se podría aspirar a la obtención de una democracia con una calidad aceptable.

Otro de los objetivos es la educación, lo cual resulta por demás lógico ya que es precisamente en las aulas en donde se debe de iniciar la enseñanza a los niños del significado de la democracia y de su real e importante valor.

Así mismo la equidad de género es determinante para lograr una calidad óptima en la participación ciudadana pues no debemos de olvidar que cada vez son más las mujeres que se han integrado a la planta productiva y que tienen plena conciencia de su papel determinante en la evolución democrática de nuestros países

No obstante lo anterior, los hombres siguen dominando el mercado laboral pues tres de cada cinco trabajadores de la región de América Latina son Hombres aunque la proporción de hogares encabezados por mujeres aumentó, pues a comienzos de la década de los noventas el 80% de los hogares monoparentales estaban encabezados por mujeres y a la fecha se ha incrementado al 82% un 2% adicional lo que representa que esta tendencia sigue en aumento.¹⁰

III. POPULISMO Y DEMOCRACIA

Durante los últimos 15 años en algunos países latino americanos hemos observado cambios muy importantes en lo referente a su estructura política, los

⁹ http://www.desarrollohumano.cl/pdf/red_udemo_alatina.pdf consultada el 10 de junio de 2013.

¹⁰ <http://foco.economico.org> consultado el 10 de junio de 2013.

cuales para un importante sector de analistas políticos corresponde mas bien a actitudes populistas que democráticas, el caso más evidente lo tenemos en los denominados países Bolivarianos o Subregión Andina, mismos que han efectuado importantes modificaciones a sus constituciones políticas.

Sin duda se trata de constituciones con alto contenido social, sin embargo se ven ensombrecidas por el desmedido populismo de sus gobernantes y su reiterada actitud de eternizarse en el poder.

De esta forma, con la figura de Chávez, el cual contaba con una indudable popularidad entre las grandes masas, su gobierno logró la reelección indefinida, con lo cual se mancharon los amplios beneficios sociales que su régimen aportó a su población.

Sin embargo, en los demás países de los denominados Bolivarianos, aún se cuenta con mandamientos constitucionales que permiten por un solo periodo la reelección, aunque la tentación de modificar dichos preceptos constitucionales sin duda es muy tentadora, pero por el bien de este tipo de regímenes políticos, es conveniente que sus respectivos gobernantes no sucumban a esa tentación.

Al respecto Julio Cesar Ortiz nos indica las principales tendencias que estos países han establecido en sus respectivos regímenes:

- a. La tendencia hacia la concentración personal de poder en cabeza del presidente de la República.
- b. El fortalecimiento de los gobiernos personalistas
- c. El paulatino desarraigo de la democracia representativa y la desconfianza y la ilegitimidad provocada de los partidos políticos
- d. La diáspora o la dispersión anárquica de las elites políticas tradicionales, de una parte, y la promoción de coaliciones y de gobiernos divididos o compartidos, de otra.
- e. Además, se observa la introducción de las instituciones que provocan la movilización masiva de los gobernados y de las sociedades en general, comandados por los gobernantes mismos, en la puesta en funcionamiento de instituciones de la democracia directa como los referendos reformativos de la Constitución altamente cargados de ideologías y los mal llamados referendos revocatorios de los funcionarios de origen político en lo que se ha llamado el poder de la calle y de la movilización social en una época de predominio de los grandes medios de comunicación masiva.¹¹

¹¹ Ortíz Gutiérrez, Julio Cesar, La evoluciones de los sistemas de partidos , El sistema electoral y las instituciones de la democracia directa en América Latina en Tendencias del constitucionalismo, Coordinadores Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Daniel Zavatto UNAM, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Agencia Española de cooperación internacional para el desarrollo, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional México 2009 p. 250

Resulta interesante efectuar un estudio de los países latinoamericanos que cuentan con reelección, ya que es sumamente atractiva esta figura sobre todo para los gobernantes que con alto grado de populismo han convencido a su pueblo que deben permanecer en el poder.

A continuación indico por orden alfabético cuales son los países que cuentan con el sistema de reelección.

- Argentina, si tiene reelección, con la característica que es una vez en forma inmediata y posteriormente con un intervalo de un periodo.
- Bolivia, si tiene reelección solo por una vez en el periodo inmediato
- Brasil, tiene prohibida la reelección inmediata.
- Chile, al igual que Brasil tiene prohibida la reelección inmediata.
- Colombia, si permite la reelección solamente por una vez.
- Ecuador, se permite la reelección por una vez
- Paraguay, se prohíbe la reelección
- Perú, se permite la reelección con un periodo de espera
- Uruguay, al igual que Perú se permite la reelección con un periodo de espera
- Venezuela, se permite la reelección en forma indefinida
- Costa Rica, no se permite la reelección
- El Salvador, no se permite la reelección continua
- Honduras, no se permite la reelección
- Guatemala, se prohíbe la reelección
- México, no se permite la reelección
- Nicaragua, no permite la reelección continua
- Panamá, si permite la reelección pero con dos periodos constitucionales de por medio

Resulta muy interesante observar que no obstante existe esta tendencia democratizadora en América Latina, al contrario que en nuestro país predomina la reelección, así tenemos que con algunas variantes se autoriza la reelección en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana, Venezuela, Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay y en países como Guatemala, Honduras, México y Paraguay se encuentra totalmente prohibida.¹²

Si bien es cierto que la no reelección no es sinónimo de democracia, pues países como Guatemala que no cuentan con reelección no son propiamente un símbolo de democracia Latino Americana, sin embargo en donde

¹² *Op. cit.* p. 228.

se permite la reelección por mas de una ocasión si podemos afirmar que los gobiernos se van desgastando e irremediamente caen en el autoritarismo para seguir validándose en el poder.

Y es precisamente por este persistente afán de permanecer en el poder de algunos mandatarios de los denominados países socialistas, por el cual estos regímenes están perdiendo credibilidad, Ruipérez Javier señala : “...nos encontramos con que la misma forma “Estado Constitucional democrático y social” ha empezado a ser discutida. Para ello, se parte de la idea de que al carecer ahora de la legitimación que le otorgaba su contrario, el Estado Comunista, el Estado constitucional, es más perfecto y acabado instrumento de liberación del hombre (Héller), ha perdido su razón de ser”.¹³

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA

De conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la democracia forma parte de su contenido, así lo establece el artículo 21 que a la letra dice:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

La Convención Americana de Derecho Humanos de 1969 consigna los siguientes derechos políticos en su artículo 23:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

¹³ Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005, p. 59.

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Tanto en el sistema jurídico mexicano como en diversos países latinoamericanos, existen diversos medios de control constitucional, ejemplo de ello en México nos encontramos el Juicio de Amparo y el control abstracto de la constitucionalidad a través de la acción de inconstitucionalidad de extracción europea y, así mismo las controversias constitucionales cuyo paradigma sirve para establecer a delimitación de competencias derivadas de los conflictos entre órganos del Estado, ya sea que éstos se encuentren en el nivel horizontal o en el vertical.¹⁴

Al referirse a este tema Héctor Fix Zamudio señala:

i) Controversias constitucionales, pueden suscitarse entre Federación, Los Estados, el Distrito Federal y los Municipios; 2) Acciones abstractas de inconstitucionalidad, en las cuales se plantea la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución; 3) Recursos de revisión en amparo indirecto, contra ciertas sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito; 4) Recursos de revisión en amparo directo, contra determinadas resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito; 5) posee otras facultades varias, y así conoce: del recurso de queja previsto en la fracción V del artículo 95 de la Ley de Amparo en el caso del Pleno; de los recursos de reclamación contra las providencias o acuerdos del presidente de la Corte; de las excusas o impedimentos de los ministros en asuntos del pleno; de las denuncias de contradicción de tesis sustentadas por las salas, los Tribunales Colegiados o el Tribunal Electoral; de los juicios sobre el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal o cumplimiento de convenios de coordinación celebrados por el Gobierno Federal y las entidades federativas; de los conflictos entre el poder Judicial y sus empleados.¹⁵

De manera más amplia existen otros tipos de controles constitucionales, el control Difuso y el control concentrado, los cuales en México a raíz de la

¹⁴ Armienta Hernández, Gonzalo y otros, *Tribunales Constitucionales*, Universidad Autónoma de Sinaloa, México 2011, p. 43.

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Porrúa, segunda ed., México, 2001 pp. 787 y 788.

reforma constitucional fecha 10 de junio de 2011 los encontramos perfectamente diferenciados y aplicables en materia de Derechos Humanos.

Por lo que hace al control concentrado de acuerdo al artículo primero párrafo segundo Las normas relativas a los derechos humanos se deben de interpretar de conformidad a la propia Constitución y a los tratados internacionales, por lo que de conformidad al artículo 33 del pacto de San José es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos en el propio pacto.

Y en lo referente al control difuso el tercer párrafo del citado artículo constitucional indica que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad....”

Congruente con esta disposición el artículo 133 de esta máxima norma señala:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Por lo cual todas las autoridades y los jueces de la República Mexicana deben aplicar la constitución independientemente de alguna disposición estatal o federal que se encuentre en vigor.

V. EL CONTROL DE LA DEMOCRACIA EN LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS IBEROAMERICANOS

En Latinoamérica se han desarrollado diversos modelos de control de constitucionalidad, que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austriaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos o híbridos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando formulas originales.¹⁶

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*, Palestra, Perú, 2006, p. 101.

La variedad de tipos de control de constitucionalidad existentes actualmente en América del Sur son:

- a) Sistema descentralizado judicial que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, control de carácter parcial reparador o represivo, legitimación activa amplia, con procedimientos concretos, parámetros de control plural y con efectos inter partes. (Argentina)
- b) Sistema centralizado judicial en Corte Suprema (Uruguay) o Sala Constitucional de Corte Suprema (Paraguay), de control de carácter parcial, represivo, con legitimación activa amplia, con procedimientos mixtos, parámetros de control único y efectos inter partes
- c) Sistema de control judicial descentralizado en tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Supremo, control parcial, de carácter reparador o represivo, con legitimación activa amplia, con procedimientos mixtos, parámetro de control único y efectos inter partes (Brasil)
- d) Sistema de control descentralizado judicial y control centralizado en Tribunal Constitucional, con control parcial, con preponderancia de control represivo, con legitimación activa amplia y efectos generales y erga omnes (Colombia y Ecuador)
- e) Sistema de control descentralizado en tribunales ordinarios y centralizado en Sala Constitucional de Corte Suprema (Venezuela)
- f) Sistema de control de constitucionalidad dualista de tribunales ordinarios y control concentrado en Tribunal Constitucional (Perú)
- g) Sistema de control centralizado únicamente en Tribunal Constitucional y con efectos erga omnes cuando declara una norma inconstitucional (Bolivia)¹⁷

Independientemente de estos medios de control constitucional que resguardan los sistemas democráticos de cada país, el máximo órgano de control de la democracia en la actualidad en América Latina es sin duda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha ratificado su vocación hacia la defensa de esta forma de gobierno de acuerdo a la siguiente resolución en el caso *Yatama Vs. Nicaragua* mediante sentencia de 23 de junio de 2005 de conformidad a las siguientes principales consideraciones:

191. La Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que

¹⁷ Ibid, pp., 103 y 104

tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.

192. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”¹⁶¹. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales¹⁶², propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

193. Los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas aprobaron el 11 de septiembre de 2001 durante la Asamblea Extraordinaria de la OEA la Carta Democrática Interamericana, en la cual se señala que:

[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos¹⁶³.

198. Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.¹⁸

Estas históricas consideraciones reafirman a este máximo Tribunal Latinoamericano como el principal guardián de la democracia Latinoamericana.

VI. CONCLUSIONES

Las tendencias democráticas en América Latina no son muy antiguas sin embargo es hasta mediados de los 70s cuando se empiezan a consolidar en nuestro continente los sistemas democráticos

La pobreza y la democracia van ligadas, pues mientras más pobreza exista menos posibilidad de democracia tendrá un país.

En cuanto a la reducción de la pobreza un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) nos indica que sólo 7 de

¹⁸ www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf consultada 5 junio 2013

18 países de América Latina podrían llegar a alcanzar la meta de reducción de la pobreza a la mitad en el año 2015,

Sin embargo la evolución de la democracia en los países Latinoamericanos no ha sido uniforme siendo los factores determinantes para que el índice de pobreza se redujera el aumento de los ingresos laborales y una mayor inversión pública y privada.

El cáncer con el que todavía nos tenemos que enfrentar los países Latino Americanos es la pobreza extrema y es por ello que la visión de las Naciones Unidas es muy clara al tener como principal objetivo la erradicación de la pobreza extrema pues de lo contrario no se podría aspirar a la obtención de una democracia con una calidad aceptable

Si bien es cierto que la no reelección no es sinónimo de democracia, sin embargo en donde se permite la reelección por más de una ocasión, si podemos afirmar que los gobiernos se van desgastando e irremediamente caen en el autoritarismo para seguir validándose en el poder

El máximo órgano de control de la democracia en la actualidad en América Latina es sin duda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha ratificado su vocación hacia la defensa de esta forma de gobierno

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo y otros, Tribunales Constitucionales, Universidad Autónoma de Sinaloa, México 2011
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR y Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, México, Porrúa, segunda ed., 2001, pp. 787 y 788
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur, Palestra, Perú, 2006
- ORTÍZ GUTIÉRREZ, Julio Cesar, La evoluciones de los sistemas de partidos , El sistema electoral y las instituciones de la democracia directa en América Latina.en Tendencias del constitucionalismo, Coordinadores Miguel Carbonell, Jorge Carpizo, Daniel Zavatto UNAM, Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Agencia Española de cooperación internacional para el desarrollo, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2009
- RUIPÉREZ JAVIER, El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005

Consulta internet

<http://www.diputados.gob.mx/cesop/boletines/no6/INFORME%20DE%20LA%20DEMOCRACIA%20EN%20AMERICA%20LATINA.pdf> consultado 23 de mayo 2013

<http://www.revistatuturos.info>, consultado 25 de mayo 2013

<http://www.condistintosacentos.com/commitos-y-realidad-sobre-la-calidad-de-la-democracia-en-america-latina>, consultado 2 junio 2013

<http://www.e/comercio.com/politica/informe-democracia-america.latina>, consultado mayo 20 de 2013

<http://dinero.univision.com>, consultada el 23 de mayo de 2013

http://www.desarrollohumano.cl/pdf/red_udemo_alatina.pdf, consultada el 10 de junio de 2013

<http://foco.economico.org>, consultado el 10 de junio de 2013

http://pwww.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf consultado 5 junio 2013

LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS PARTIDISTAS E INDEPENDIENTES EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

César ASTUDILLO*

A la Corte no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia. CIDH. Caso Castañeda Gutman contra México.

SUMARIO: I. *Premisa introductoria: La reforma electoral en América Latina y el enraizamiento del sufragio como fuente de legitimación democrática.* II. *Aproximación al derecho al sufragio, con énfasis en el derecho al sufragio pasivo.* III. *Radiografía sobre las modalidades de participación política y el derecho a la postulación de candidaturas en América Latina.* IV. *La doctrina de la CIDH en relación al derecho al sufragio pasivo.* V. *¿Derecho a una candidatura independiente?* VI. *Conclusiones.*

I. PREMISA INTRODUCTORIA: LA REFORMA ELECTORAL EN AMÉRICA LATINA Y EL ENRAIZAMIENTO DEL SUFRAGIO COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

Las cuatro décadas de evolución político-electoral en América Latina evidencian la progresiva implantación de un derecho al sufragio formalmente

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco la colaboración de mis asistentes Lilia B. Moreno, Marcos I. Martínez y David Canales.

democrático asentado en dos características esenciales: popular y en libertad. Esta constatación no es menor si se advierte que previo a la ola democratizadora vivida en la región, las dictaduras militares se fundaban en la negación absoluta del derecho a elegir representantes populares.¹

En este periodo, todos los países de la región, con excepción de Cuba, han realizado importantes reformas electorales encaminadas a ensamblar diseños institucionales que favorezcan el enraizamiento de la democracia formal. La ruta del cambio político se ha orientado, en este sentido, hacia la proclamación del derecho al sufragio como instrumento de legitimación democrática, la explicitación de las calidades del sufragio, el fortalecimiento de los partidos políticos como los ejes articuladores de la democracia representativa, la apertura, en algunos países, de cauces de participación ciudadana al margen de los partidos, la construcción de autoridades electorales independientes, autónomas e imparciales, la incorporación de condiciones cada vez más equitativas para la competencia política, el fortalecimiento de los procesos electorales y el establecimiento de un sistema de controles jurisdiccionales de los actos político-electorales, todo ello de la mano del fortalecimiento, promoción y protección de los derechos humanos.²

Si bien las reformas han ensanchado la salud de los sistemas democráticos de la región, la titularidad y el ejercicio del derecho al sufragio³ se encuentran sometidos todavía a un conjunto de limitaciones que les impiden desplegar la totalidad de sus potencialidades en tanto libertades políticas que salvaguardan el derecho a elegir a los representantes populares, o el de postularse para ser elegido a un cargo público representativo.

Uno de los principales ejemplos de este sistema de obstáculos al derecho de voto se encuentra una restricción puntualmente dirigida al derecho a ser votado, esto es, a la dimensión pasiva del sufragio, que impone la exigencia

¹ Alcántara Sáez, Manuel, *Sistemas políticos de América latina*, Madrid, Tecnos, 1999; ID, “Análisis comparado del papel de los partidos en los procesos de transición política”, Dutrénit, Silvia y Valdez, Leonardo, (Coords), *El fin de siglo y los partidos políticos en América Latina*, México, Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana, 1994.

² Sobre los procesos de reforma político-electoral en cada uno de los países de la región, sus repercusiones en el proceso de cambio político interno y, en perspectiva más amplia, la democratización de América Latina, acúdase a Zovatto, Daniel y Orozco Henríquez, J. Jesús (coords.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IDEA Internacional, 2008.

³ Sobre el Derecho al sufragio, acúdase a Aragón, Manuel, “IX. Derecho de sufragio: principio y función”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007; Presno Linera, Miguel Ángel, *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003. ID, *El derecho de voto. Un derecho político fundamental*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Electoral, 2012.

de estar afiliado a un partido político, o bien la obligación de ser postulado exclusivamente por una organización de esta naturaleza como condiciones para el ejercicio efectivo de este derecho de participación política.

El objetivo de este trabajo, en consecuencia, busca poner en perspectiva la razonabilidad de tales limitaciones desde la visión comparada de los países de América Latina, a efecto de advertir qué sistemas son más benéficos con el derecho al sufragio pasivo, y cuáles le imponen restricciones mayores.

II. APROXIMACIÓN AL DERECHO AL SUFRAGIO, CON ÉNFASIS EN EL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

La participación política de los ciudadanos en el sistema democrático es producto del reconocimiento del principio de soberanía popular, del valor superior encarnado por el pluralismo político, y de la garantía efectiva del derecho al sufragio. La representación política propia de cualquier democracia representativa tiene en el sufragio al derecho fundamental que la permite y la hace propicia, y a su vez, el derecho fundamental al sufragio tiene en la representación al bien jurídico protegido que lo caracteriza y le define sus contornos.⁴ Existe, como es evidente, una recíproca imbricación entre democracia, pluralismo, representación y sufragio.

El derecho al sufragio eleva su trascendencia cuando se advierte que representa el presupuesto necesario para la efectividad del principio democrático que atribuye la titularidad de la soberanía al pueblo, y que constituye el atributo que hace posible la democracia como forma de gobierno, la república como principio de temporalidad en el ejercicio del poder, y la representación política como mecanismo de efectividad en la toma de las decisiones.

Acaso por ello, es natural reconocerle una doble dimensión, como derecho subjetivo y como principio objetivo.⁵ Como derecho subjetivo, el sufragio se erige en una facultad amparada por el ordenamiento constitucional que permite participar políticamente o abstenerse de hacerlo. Pero al margen de esta función, el sufragio se proyecta como un principio basilar

⁴ García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 57.

⁵ Sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales Grimm, Dieter, “¿Retorno a la comprensión liberal de los derechos fundamentales?”, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, estudio preliminar de Antonio López Pina, Madrid, Trotta, 2006, pp. 155 y ss. La doble dimensión del derecho al sufragio, Aragón, Manuel, “IX. Derecho de sufragio: principio y función”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*, pp. 170-171.

de cualquier Estado asentado en la democracia constitucional al tutelar el pluralismo político, salvaguardar los derechos de las minorías y coadyuvar a la formación de la voluntad general.⁶

Como derecho subjetivo, el sufragio se proyecta en dos vertientes que otorgan a su titular la expectativa de elegir a sus representantes populares (el derecho a votar) y el derecho a ser elegible a los cargos de representación popular (el derecho a ser votado). En relación a la segunda vertiente, que es la que interesa para efectos de esta contribución, Manuel Aragón destaca un elemento fundamental al subrayar que el derecho al sufragio pasivo no puede definirse únicamente como el derecho individual a ser elegible para los cargos públicos, puesto que puede darse la circunstancia de tener las calidades para ser elegible, y aún así no poder ejercer el derecho por no reconocerse a la persona la posibilidad de presentar candidaturas. De conformidad con el autor, esta vertiente del sufragio se compone de dos derechos específicos que acompañan a su definición, “entendiendo que el derecho de sufragio pasivo es el derecho individual a ser elegible, y a presentarse como candidato en las elecciones, para cargos públicos”.⁷

La ampliación conceptual propuesta por el autor no es menor, y exige un análisis más detenido sobre los componentes actuales de la noción del derecho al sufragio pasivo. Es evidente que los dos derechos individualizados por el autor constituyen un referente importante en la construcción de un concepto más robusto y coherente con el desarrollo de los derechos de participación política, porque el *derecho a ser elegible* garantiza la facultad de postulación a una candidatura basada en una idoneidad individual sustentada en el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales y por no encontrarse en ningún supuesto de inelegibilidad o incompatibilidad. En cambio, el *derecho a presentarse como candidato* otorga una facultad para concurrir a la competencia electoral a través de una postulación propia o independiente, o bien a través de la obtención de una candidatura producto de la intermediación de un partido político, de conformidad con los procesos de selección regulados por su respectivo estatuto, se esté o no afiliado al mismo.⁸

⁶ Sobre los fines y funciones constitucionalmente relevantes de los partidos políticos acúdase a Pérez-Moneo, Miguel, *La selección de candidatos electorales en los partidos*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 29 y ss.

⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁸ Fernández Segado nos recuerda que las candidaturas vienen a ser la *conditio sine qua non* para que la elección pueda materializarse y, en consecuencia, para que el derecho al sufragio pasivo pueda realmente ejercerse. Fernández Segado, Francisco, “Las candidaturas electorales”, en Nohlen, Dieter; Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*, p. 339.

No obstante, la dimensión pasiva del derecho, en su específica vinculación con los cargos de elección popular,⁹ comprende también el derecho a ser registrado, el derecho a ser votado, el derecho a acceder y desempeñar el cargo, y finalmente el derecho de permanecer en él.

El *derecho a ser registrado* es la consecuencia lógica e inmediata tanto del derecho a ser elegible como del derecho a presentarse como candidato; así, mientras el derecho a la candidatura otorga la facultad de ser postulado por iniciativa propia o luego del proceso de selección interna, el derecho a ser registrado constituye la facultad de presentarse ante la correspondiente autoridad electoral para formalizar la candidatura, la cual se realiza previa constatación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad. La diferencia específica de este derecho es que el derecho a una candidatura es oponible, en caso de controversia, ante el partido político, mientras que el derecho al registro controvierte un acto de autoridad.

El *derecho a ser votado*, por su parte, es el derecho que se encuentra más cercano a la connotación más generalizada del derecho al voto pasivo, cuyo contenido garantiza el ser votado en las elecciones, pero que también ofrece su cobertura en un momento previo, sobre el derecho de participar en la campaña electoral y en uno posterior, sobre el derecho a ser proclamado de conformidad con los votos obtenidos.¹⁰

El *derecho al acceso y desempeño del cargo*, que consiste en el derecho a ocupar el cargo público que la ciudadanía ha definido mediante el ejercicio de su derecho al voto activo, lo cual establece la adecuada identidad entre electores y elegidos, y garantiza que el desempeño del cargo y las funciones que le son inherentes durante el periodo del encargo, se confíen a aquellos legitimados por el principio de la mayoría.¹¹

Adicionalmente *el derecho de permanecer en el cargo*, parte de la consideración de que el derecho no es un fin en sí mismo sino un vehículo para

⁹ Recordemos que el sufragio pasivo garantiza el acceso a cargos de elección popular, pero también el acceso a funciones públicas en condiciones generales de igualdad, de conformidad con el artículo 23.1, b) y c) de la Convención. Sobre la distinción, acúdase a Aragón, Manuel, “X. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*

¹⁰ Jurisprudencia 27/2002, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 6, año 2003, pp. 26 y 27. “DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”, María Soledad Limas Frescas vs. Asamblea General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Chihuahua.

¹¹ Jurisprudencia 20/2010, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, año 3, núm. 7, 2010, pp. 17 a 19. “DERECHO POLÍTICO ELECTORAL A SER VOTADO. INCLUYE EL DERECHO A OCUPAR Y DESEMPEÑAR EL CARGO”, María Dolores Rincón Gordillo vs. Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado de Chiapas y otro.

alcanzar fines constitucionales de la máxima relevancia, como la debida integración de los órganos representativos, lo cual se alcanza cuando los elegidos acceden al cargo, desempeñan las funciones que le son inherentes, y se mantienen en su función representativa por el tiempo que dure su mandato representativo. Este desarrollo del derecho evoca la consecuencia lógica de todos los demás, pues resultaría un contrasentido ser postulado y votado, y acceder al cargo público sin la garantía de permanecer en él durante todo el periodo para el que fue electo.¹² Mantiene, en este sentido, su vocación subjetiva que garantiza la permanencia en el cargo sin interferencias ilegítimas, pero también su vocación objetiva dirigida a garantizar la debida integración de los órganos representativos.¹³

¹² El Tribunal Europeo ha avanzado en esta misma dirección jurisprudencial al resolver el Caso Gaulieder vs. Eslovaquia, de 18 de mayo de 2000. En opinión de García Roca, “de este precedente podía ya tácitamente concluirse que el artículo 3 P1 protege no sólo en el ejercicio del sufragio pasivo y momento de acceso al cargo, sino también en el posterior de su mantenimiento en el mismo, ofreciendo una defensa frente a los ceses indebidos. En suma, que la garantía concede la *facultad de mantenerse en el cargo sin interferencias ilegítimas*”. García Roca, Javier, “XXXI. Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (artículo 3 P1 CEDH), en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 848.

¹³ El TEPJF ha sostenido que: “Si se considerara que el derecho de voto pasivo sólo comprende la postulación del ciudadano como candidato a un cargo de representación popular, la posibilidad de que los demás ciudadanos voten válidamente por el candidato y, en su caso, la proclamación o la asignación correspondiente, por las autoridades electorales, se llegaría a la consecuencia inadmisibles de que la tutela judicial está contemplada por el legislador para hacer respetar el medio o instrumento previsto para la integración de los órganos de gobierno de manera democrática, pero que se desentiende de la finalidad perseguida con las elecciones, que constituye el valor o producto final, consistente en que los representantes electos asuman el cargo para el que fueron propuestos y desarrollen su cometido, esto es, la consecuencia sería que se dotara al ciudadano de una acción inmediata y eficaz para obtener su postulación en los comicios y ser tomado en cuenta en la jornada electoral, así como en la etapa posterior a ésta, pero, una vez que recibiera la constancia de mayoría o de asignación, se le negara la posibilidad de ocurrir a las autoridades jurisdiccionales para defender ese derecho y los que de éste derivan, frente a actos u omisiones que tengan como contenido o consecuencia desconocer o restringir ese derecho”. SUP-JDC-25/2010, de 20 de abril. La construcción jurisprudencial del derecho a ser votado puede verse en las sentencias SUP-JDC-79/2008, SUP-JDC-1120/2009, SUP-JDC-13/2010 y SUP-JDC-14/2010 y acumulados, así como en la contradicción de criterios SUP-CDC-5/2009. Es evidente, no obstante, que la tesis del Tribunal Europeo justifica la facultad de mantenerse en el cargo desde la perspectiva subjetiva, mientras que la tesis del Tribunal Electoral mexicano lo hace desde la vertiente objetiva del sufragio.

Sobre este desarrollo en la jurisprudencia del TEPJF, acúdase a González Oropeza, Manuel, “El Tribunal Electoral y la forma republicana de gobierno”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 7, vol. 1, Cuarta Época, año 2011, p.

El *derecho a la remuneración de los servidores públicos que desempeñan cargos de elección popular* representa el ensanchamiento más actual del contenido del derecho al sufragio pasivo. En este sentido, el TEPJF ha elevado la remuneración a la categoría de “garantía económica”, advirtiendo su relevancia para el ejercicio del derecho al voto y para el funcionamiento efectivo e independiente de la representación, señalando que cualquier afectación indebida a la retribución vulnera el derecho fundamental a ser votado en su vertiente de ejercicio del cargo.¹⁴

Se observa, después de lo sostenido hasta este momento, que el derecho al sufragio ha venido ampliando su objeto de tutela y que, en consecuencia, debe ser sometido a revisión a efecto de lograr integrar los contenidos y la eficacia que ha adquirido producto de los diversos desarrollos teóricos y jurisprudenciales, concibiéndolo como el derecho a ser elegible, a postularse o ser postulado como candidato, a ser registrado, a ser votado en las elecciones, a acceder, desempeñar el cargo y permanecer en él hasta su debida conclusión y a percibir la remuneración inherente al mismo.

III. RADIOGRAFÍA SOBRE LAS MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO A LA POSTULACIÓN DE CANDIDATURAS EN AMÉRICA LATINA

En esta contribución hemos hecho un acercamiento al derecho a ser votado en elecciones periódicas, lo cual presupone, como elemento de racionalización del proceso electoral, la presentación de candidatos a los distintos cargos de elección popular. En este sentido, para determinar quiénes pueden ejercer su derecho al sufragio pasivo es necesario advertir quiénes pueden ser postulados como candidatos.

A continuación se presenta una radiografía sobre la postulación de candidatos a cargos de elección popular en América Latina, con la finalidad de

82.; García Roca y Dalla Vía señalan, en este tenor, que el Tribunal europeo de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de acceder al cargo conlleva el de permanecer en él. Cfr. García Roca, F. Javier y Dalla Vía, Alberto R., “Capítulo V. Los derechos políticos y electorales: Un orden público democrático”, en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio, Santolaya, Pablo, Canosa, Raúl (eds.), *El diálogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas-Thompson Reuters, España, 2012, p. 260.

¹⁴ Jurisprudencia 21/2011, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, año 4, núm. 9, 2011, pp. 13-14. “CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. LA REMUNERACIÓN ES UN DERECHO INHERENTE A SU EJERCICIO (LEGISLACIÓN DE OAXACA)”, Omar Rodolfo López Morales y otro vs. Ayuntamiento Constitucional del Municipio de Soledad, Etlá, Oaxaca y otra.

constatar si las correspondientes legislaciones permiten que cualquier ciudadano pueda postularse libremente, si exigen que la postulación provenga exclusivamente de los partidos políticos, si es posible que formas asociativas distintas puedan postular candidatos, si la apertura de candidaturas independientes está cerrada o abierta para todos los cargos de elección o sólo para determinados, y finalmente, qué requisitos se exigen para la postulación de candidatos independientes.

Todo ello permitirá tener información sobre las mayores o menores restricciones impuestas al ejercicio efectivo de los derechos político-electorales, particularmente el derecho al sufragio pasivo, para estar en condiciones de razonar si las mismas se encuentran justificadas de conformidad con las particulares condiciones históricas, políticas, sociales y culturales de los países de la región.

1. Regulaciones que otorgan el monopolio de la presentación de candidaturas a los partidos políticos

La necesidad de crear primero y fortalecer enseguida un sistema de partidos en donde no existía, y donde por el contrario, había un régimen de partido hegemónico o partido oficial de Estado justificó que desde 1946 los partidos políticos tuvieran el monopolio de la representación política mediante la exclusividad en la presentación de candidaturas en México.¹⁵

Si bien cada uno de los países de la región se ha enfrentado a distintos retos en el desarrollo de su democracia, lo cierto es que la necesidad de contar con partidos fuertes y competitivos ha sido una exigencia propia de la democratización de la región, como condición o presupuesto necesario para ampliar la participación política, asegurar el pluralismo y la representación democrática, y cuya manifestación más evidente se palpa en el proceso de incorporación de los partidos a los diversos ordenamientos jurídicos hasta su completa proclamación constitucional producto de la llegada de la tercera ola democratizadora a la región, a finales de los años 70.¹⁶

El monopolio en la presentación de candidaturas por los partidos políticos para la totalidad de cargos representativos se encuentra hoy atemperado

¹⁵ Este fue uno de los argumentos de defensa del Estado mexicano en el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 6 de agosto de 2008.

¹⁶ Zovatto, Daniel, “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, en *Idem* (coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IDEA Internacional, 2008, pp. 12 y ss.

puesto que como tal únicamente subsiste en Argentina, Brasil, Costa Rica, Nicaragua, México hasta 2012 y Uruguay. En estas experiencias el peso de los partidos es absoluto por ser las piezas sobre las que gira el completo sistema representativo del Estado. Para destacar esa relevancia, Argentina destaca explícitamente la exclusividad de la nominación de candidatos “para cargos públicos electivos” (artículo 2 de la Ley Orgánica de Partidos), Brasil dispone que “solamente podrán concurrir a las elecciones los candidatos registrados por los partidos” (artículo 87 del Código electoral); Costa Rica, por su parte, reitera la relevancia que tienen los partidos dentro de su sistema constitucional al advertir que “ninguna norma o disposición de su Código se interpretará en el sentido de debilitar el papel constitucionalmente asignado a los partidos políticos como expresión del pluralismo político, formadores de la manifestación de la voluntad popular y vehículos de la participación ciudadana en la política nacional” (artículo 48 del Código electoral); en México, mediante reforma constitucional de noviembre de 2007 se introdujo la obligación de que las constituciones y leyes de los estados garantizaran que los partidos políticos tuvieran reconocido “el derecho exclusivo para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular” (artículo 116).

Las experiencias anotadas se caracterizan por establecer las limitaciones más fuertes al derecho al sufragio pasivo, al exigir que las candidaturas a puestos de elección popular las detenten únicamente los partidos. Esas limitantes se ensanchan notablemente en aquellos países como Brasil, que establecen como condición de elegibilidad a los diversos cargos públicos la obligación de que los ciudadanos se encuentren afiliados a un partido político (artículo 14 constitucional); son de menor intensidad cuando permiten la postulación por un partido sin la exigencia de militancia, como ocurre por ejemplo en Argentina (artículos 60-62 del Código).

La restricción hoy en día encuentra menos justificaciones en un contexto en donde la garantía del ejercicio efectivo de los derechos es un requisito esencial de cualquier democracia constitucional. No obstante, como señala Aragón, la misma puede justificarse en la necesidad de “organizar mejor el proceso electoral y la propia representación, reforzando al mismo tiempo a los partidos por considerarlos instrumentos fundamentales de la democracia representativa”. Pero como enfatiza el propio autor, “ni los partidos deben ser los “únicos” instrumentos de participación política de los ciudadanos... ni se debe reducir por entero el ámbito de la política al terreno de los partidos”.¹⁷

¹⁷ Aragón, Manuel, “IX. Derecho de sufragio: principio y función”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado...*, *op. cit.*, p. 196.

Cuando se deja todo ese campo a los partidos las consecuencias, señala Aragón, pueden ser graves: “anquilosamiento y burocratización excesiva de los partidos, distanciamiento entre estos y la sociedad, entre el pueblo y las instituciones democráticas y, por supuesto, clara desvirtuación del derecho al sufragio pasivo, que deja de ser un derecho de todos los ciudadanos para pasar a ser más bien un derecho de un sector muy reducido de estos”.¹⁸

2. *Regulaciones mixtas*

De conformidad con lo sostenido por Zovatto, en el ejercicio de las funciones básicas que los partidos políticos han debido desempeñar en la región, entre las que se encuentra su papel de “canalizadores de demandas e intereses; constructores de propuestas para la sociedad; administradores de gobierno; agregadores de intereses y sujetos de representación social”, no han estado a la altura.

Ello ha desatado, como advierte De la Peza, “la crítica hacia los sistemas que hacen descansar en los partidos políticos los procesos de conformación de la voluntad estatal, y su monopolio en la postulación de candidatos a los cargos electivos”.¹⁹ No debe extrañar, en consecuencia, que ante la crisis de credibilidad de los partidos, que en ocasiones se han convertido en auténticas crisis de representatividad, los ordenamientos de la región se hayan visto forzados a modular el monopolio de los partidos e incorporar nuevas formas de participación y representación política.²⁰

Hoy en día la radiografía de América Latina muestra que existe un conjunto de países que se caracterizan por hacer convivir la presentación de candidaturas de los partidos políticos con la postulación que pueden realizar formas asociativas distintas e, incluso, ciudadanos en lo individual.

El primer bloque de experiencias obtiene sus datos definitorios por mantener una fuerte exclusividad de los partidos en la postulación de candidaturas, pero por abrir espacios, así sea mínimos, a modalidades accesorias de participación política.²¹

¹⁸ *Ibidem*, p. 197.

¹⁹ De la Peza, José Luis, “Candidaturas independientes”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado...*, *op. cit.*, p. 614.

²⁰ Zovatto, Daniel, “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, en *Idem* (coord.), *Regulación jurídica de...* *op. cit.*, p. 138.

²¹ Dado que concebimos que al hablar de “monopolio” nos referimos a un único oferente de candidaturas, entendemos que aquellos sistemas que se caracterizan por otorgar fuerte exclusividad en la presentación de las candidaturas a los partidos, pero que abren

El primer apartado es el que se caracteriza precisamente por dejar a los partidos una fuerte dosis de exclusividad en la presentación de las candidaturas y por abrir sólo ancilarmente la posibilidad de otras formas de nominación. El ejemplo de Guatemala refleja lo que acaba de señalarse, ya que en él los partidos mantienen la exclusividad en la postulación de todas las candidaturas con excepción de las candidaturas para Alcalde y para las Corporaciones municipales que se confieren a los Comités cívicos (artículos 97 y 212 de la Ley electoral y de partidos).

El segundo apartado lo conforman países que se definen por mantener una deferencia a los partidos y conferirles la exclusividad en la presentación de candidaturas a los principales cargos de representación. En El Salvador y Panamá, por ejemplo, mantienen dicha exclusividad en relación a los candidatos a presidente y vicepresidente. El Salvador la mantiene también para concejales municipales, y abre la posibilidad de candidaturas independientes únicamente para la Asamblea Legislativa (artículo 198 del Código electoral). Necesario es destacar que en tratándose de las candidaturas de partidos se impone la exigencia de afiliación a quienes pretendan postularse.²² Panamá, en cambio, permite que las postulaciones de candidatos a diputados de la República, alcaldes, concejales y representantes de Corregimiento se realicen por los partidos políticos o bien mediante libre postulación (artículos 233 y 234 Código electoral).

El segundo bloque de experiencias adquiere especificidad al advertir en él la atemperación del papel de los partidos y el auspicio de formas alternativas de participación democrática que transita por la participación de grupos de ciudadanos organizados, grupos que se caracterizan por pertenecer a algún grupo o comunidad social determinada, o en el extremo, por eliminar

alguna posibilidad de que formas asociativas distintas o ciudadanos en lo individual puedan postular candidaturas, no pueden caracterizarse como monopólicos. En esto mantenemos una diferencia con Aragón, Manuel, “X. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*, p. 195; y Zovatto, Daniel, “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, en *Idem* (coord.), *Regulación jurídica de... op. cit.*, pp. 184 y s.

²² Al respecto véase la importante sentencia 61-2009 de 29 de julio de 2010 de la Sala de lo constitucional de El Salvador, en donde estableció el alcance del derecho a participar de los candidatos independientes señalando, entre otras cosas, que el derecho al sufragio pasivo comprende el derecho a postular una candidatura independiente. *Cfr.* “El derecho a ser votado incluye la posibilidad de postulación como candidato independiente. Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 29 de julio de 2010”, *Diálogo jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 10, enero-junio de 2011, pp. 41 y ss.

cualquier forma de intermediación en el ejercicio del derecho al sufragio pasivo y posibilitar la libre postulación.

En el primer apartado se ubican aquellos países que buscan un equilibrio entre la representación política que dimana de los partidos y aquella que puede emerger de formas asociativas distintas. Los casos de Colombia, Ecuador (artículos 308 y 310 de la Ley orgánica electoral, Código de la democracia) y Paraguay (artículo 85 del Código electoral) destacan porque ofrecen un espacio institucional muy relevante a los movimientos políticos que son asociaciones de ciudadanos que se constituyen entre otras cosas para la presentación de candidaturas, ya que al igual que los partidos políticos están facultados para postular candidatos a cualquier cargo electivo. Bolivia también forma parte de este conjunto, ya que allí al margen de los partidos se ubican las agrupaciones ciudadanas y las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario-campesinos (artículo 48 de la Ley del régimen electoral). Del mismo modo Perú, aunque allí el espacio adicional a los partidos lo tienen las agrupaciones independientes (artículo 87 de la Ley Orgánica de elecciones). Venezuela también se incluye, porque a lado de los partidos políticos concurren los grupos de electoras y electores (artículos 38, 42 de la Ley Orgánica de procesos electorales).

De ellos, los sistemas colombiano y venezolano son más abiertos. El primero permite que los organismos sociales, los grupos de ciudadanos, y los ciudadanos en lo individual (cuando forman parte de comunidades indígenas o de comunidades negras) también tengan reconocido el derecho de postular candidatos (artículos 108 constitucional; 9 del Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos). El segundo, porque al margen de los grupos de electores permite la postulación por iniciativa propia (artículos 42 y 43 de la Ley orgánica de procesos electorales).

En el segundo apartado se encuentran los países que fundamentalmente reconocen dos modalidades de participación política para todos los cargos representativos, la que discurre por los partidos políticos y la que se ejerce a través de candidaturas independientes. Son los casos de Chile (artículo 3 de la Ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios), de Honduras (artículo 5 de la Ley electoral y de las organizaciones políticas), y el caso de República Dominicana, aunque en éste la postulación de independientes parece supeditarse al filtro de las agrupaciones políticas que surjan en cada elección (artículo 76 de la Ley electoral). De entre ellos destaca el caso de Chile, en virtud de que la propia Constitución señala que los partidos políticos no podrán tener privilegio alguno o monopolio sobre la participación ciudadana (artículo 19).

México ha entrado recientemente a esta clasificación, ya que por reforma constitucional de 9 de agosto de 2012 se eliminó el monopolio de los partidos políticos y se acudió a un régimen mixto en el que conviven candidaturas de partido y candidaturas independientes. No obstante, a nivel federal todavía no se ha expedido la legislación que haga posible la libre postulación para los cargos de Presidente de la República, diputados federales y senadores. En cambio, en el ámbito de los estados de la República, Coahuila, Durango, Michoacán, Zacatecas y Quintana Roo han proveído sus respectivas regulaciones; de hecho, en el más reciente proceso electoral de julio de 2013, en las últimas dos entidades aludidas se puso en práctica el régimen jurídico de las candidaturas independientes y en el Estado de Zacatecas se dio el triunfo del primer candidato independiente a una presidencia municipal.²³

Tal y como se aprecia en la información expuesta, es evidente la gradual disminución del monopolio en la presentación de candidaturas, y consecuentemente en la exclusividad de la representación política en manos de los partidos. El florecimiento de modalidades alternativas de participación democrática a través de formas asociativas distintas o, en el extremo, de candidaturas de libre postulación, constituye una orientación que avanza progresivamente y sin parar.²⁴ Para constatarlo está la reforma constitucional de Panamá de 2004, que incorporó las candidaturas independientes para el cargo de diputados a la Asamblea Nacional; los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, que culminaron en las respectivas constituciones de 1999, 2008 y 2009, en donde el ejercicio de los derechos de participación política, particularmente el derecho al sufragio pasivo, adquirieron un redimensionamiento inusitado; o más próxima en el tiempo, la reforma constitucional mexicana de 2012 que reconoce el derecho a ser votado para todos los cargos de elección popular, tanto del ámbito federal como del estatal, mediante la postulación de los partidos políticos o de manera independiente.

²³ Las dos primeras experiencias de candidaturas independientes en México, como consecuencia de la reforma constitucional de 2012 se expone en los trabajos de Manríquez Centeno, Jorge, Guzmán Acosta, Rafael Enrique, y Hernández Arévalo Rocío, “Candidaturas independientes. Experiencia Quintana Roo”, y Soto Acosta, Leticia Catalina, “Candidaturas independientes. Experiencia Zacatecas”, de próxima aparición en la *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 5, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2014.

²⁴ Esa progresiva orientación fue tempranamente advertida, entre otros por Fernández Segado, Francisco, “Las candidaturas electorales”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*, p. 544.

El cuadro apenas delineado deja entrever un movimiento reformador que paulatinamente elimina obstáculos al ejercicio del derecho a ser votado, bajo una nueva concepción de igualdad y libertad política que reconoce a todos las personas igual acceso al goce de sus derechos fundamentales, y en donde las restricciones al ejercicio del sufragio pasivo, producto de la exigencia de mediatización de los partidos políticos, aparece cada vez menos justificada.

IV. LA DOCTRINA DE LA CIDH EN RELACIÓN AL DERECHO AL SUFRAGIO PASIVO

La doctrina de la CIDH sobre el sufragio pasivo es todavía escasa y se encuentra en proceso de desarrollo. La interpretación del contenido del artículo 23 de la Convención Americana se encuentra básicamente en las sentencias de los casos Yatama y Castañeda Gutman.

La relevancia de ambas sentencias reside en que la Corte expone su doctrina general sobre los derechos de participación democrática y perfila, en particular, su interpretación sobre el tipo de democracia y representación que auspicia la Convención, el papel que para el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo ostentan los derechos político electorales, el margen de discrecionalidad política y de regulación legislativa que tienen los estados en la concretización de dichos derechos, los límites que razonablemente pueden reconocérseles, así como la función que despliegan los partidos políticos al interior de los sistemas representativos.

Significativo es advertir que en estos dos casos la Corte mantiene posturas distintas, ya que frente a una inicial apuesta por el auspicio de formas de participación política al margen de los partidos, la segunda es más restrictiva, al redimensionar el papel que los partidos políticos ejercen en las democracias.

En efecto, en el caso Yatama,²⁵ la Corte sentó un primer precedente a favor del auspicio de formas de organización política distintas a los partidos

²⁵ En el Caso Yatama se controvertió la Ley electoral de Nicaragua, por establecer que la participación política en las elecciones únicamente podía discurrir a través de los partidos políticos, bajo el argumento de que ello era contrario a los usos, costumbres, formas de organización, tradiciones y la cultura de las comunidades indígenas. Vid. "Caso Yatama vs. Nicaragua", en García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. III, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 264-317. Ventura Robles, Manuel E., "La jurisprudencia de la corte Interamericana de derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 42, julio-diciembre de 2005, pp. 71 y ss.

políticos, con el consecuente escrutinio más severo sobre las limitaciones establecidas a la postulación de candidatos por las legislaciones de los Estados, principalmente cuando las mismas puedan limitar la participación política de los grupos en situación de vulnerabilidad.

En el caso Castañeda Gutman,²⁶ la Corte estableció el segundo precedente, en el que se advierte una postura más conservadora sobre el alcance del derecho al sufragio pasivo, al reivindicar el papel de los partidos políticos y establecer un escrutinio menos estricto que ensancha la capacidad de los estados para ejercer su discrecionalidad política en la regulación de los derechos políticos.

En su resolución, la Corte subraya el significado de los derechos políticos en democracia y la forma como contribuyen al fortalecimiento del pluralismo político; enseguida puntualiza el alcance de los derechos políticos, advirtiendo que, como dato diferencial, la Convención en su artículo 23 no sólo confiere *derechos* sino también *oportunidades*, lo cual se proyecta en la obligación adicional de “garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”.

En este sentido, fijó la función y el objeto de la Convención circunscrita a establecer los lineamientos generales de un contenido mínimo de los derechos políticos, y los parámetros para su concretización al interior de los Estados, y en concordancia con lo que ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que cada Estado puede reglamentar los derechos “de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.

La Corte reitera también que dado el carácter no absoluto de los derechos políticos, “la previsión y aplicación de requisitos para su ejercicio no constituyen, per se, una restricción indebida”. Sostiene que a pesar de que del artículo 23.2 de la Convención parece señalar taxativamente los criterios bajo los cuales es posible reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, “no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana”. Asimismo, que la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, y que las condiciones y requisitos que deben cumplirse para ello están sometidas a su escrutinio a través de la

²⁶ En el caso Castañeda Gutman se controvertió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, al supeditar el ejercicio del derecho al sufragio pasivo a la exclusiva postulación de un partido político, así como la inexistencia de un recurso sencillo para la tutela de los derechos políticos en la legislación electoral mexicana.

constatación de la legalidad de la medida restrictiva, su finalidad, razonabilidad, propósito y oportunidad para satisfacer un interés público imperativo, así como la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, y la proporcionalidad de la medida.²⁷

En el análisis de la exclusividad de los partidos políticos mexicanos para postular candidaturas a puestos de elección popular, la Corte fue consecuente con los argumentos del Estado y adujo que la medida restrictiva “responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales” de México, como la necesidad de crear y fortalecer un sistema de partidos políticos que en la práctica no existía; la necesidad de racionalizar el proceso electoral; y la necesidad de un sistema de financiamiento preponderantemente público del sistema electoral mexicano. Lo que en su conjunto, en opinión de la Corte, responde a un interés público imperativo.

La Corte validó que el registro exclusivo de candidaturas por parte de partidos políticos es proporcional en tanto “no constituye, de ninguna manera, la exclusión o discriminación de persona o grupo de personas del acceso al poder público por las vías democráticas”; de igual manera, estimó que la exclusividad de nominación por partidos políticos a cargos de elección popular es “una medida idónea para producir el resultado legítimo perseguido de organizar de manera eficaz los procesos electorales con el fin de realizar elecciones periódicas, auténticas, por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores de acuerdo a lo establecido por la Convención Americana”.

Bajo la anterior argumentación, es evidente que la Corte estableció un criterio más restrictivo al ejercicio efectivo de los derechos político-electorales por parte de los ciudadanos, y más favorecedor en relación con el papel de los partidos políticos al interior del sistema representativo. De esta manera, su inicial posicionamiento a favor del auspicio de formas de organización política distintas a los partidos políticos, parece haberse detenido con la excesiva deferencia hacia los partidos y, en definitiva, hacia la discrecionalidad del legislador estatal.

V. ¿DERECHO A UNA CANDIDATURA INDEPENDIENTE?

De conformidad a la radiografía actual sobre el estado del derecho a presentar candidaturas en América Latina, un total de once países, entre los que

²⁷ Para el análisis de la doctrina de la Corte Interamericana sobre los límites a los derechos políticos acúdase a Dalla Vía, Alberto R., “Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Justicia electoral, Revista... op. cit.*, pp. 35 y ss.

se encuentran Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, admiten la libre postulación de los ciudadanos en las elecciones, que es el rasgo característico de las candidaturas independientes.²⁸

Lo anterior permite señalar que en estos países se ha configurado un derecho a ser votado que tal y como lo hemos precisado en otra parte, se expresa auténticamente como el *derecho a una candidatura independiente* o de libre postulación, que al producirse en las regulaciones que denominamos mixtas, convive con el derecho a ser postulado por un partido político que puede exigir la pertenencia del ciudadano al partido, es decir, su condición de afiliado, o bien, admitir la postulación sin necesidad de militancia previa.

Son distintas y de muy diversa naturaleza las causas que han llevado al reconocimiento jurídico de las candidaturas independientes. Entre ellas, las más recurrentes se vinculan con la baja estima y credibilidad que tienen los partidos políticos, el déficit de su desempeño en el ejercicio del gobierno, el deterioro de su función articuladora y representativa, la emergencia de colectivos sociales que buscan espacios autónomos de participación política, y la aparición de liderazgos que no comulgan con la ideología de los partidos y que no encuentran acomodo en ellos, etcétera.²⁹

Como fenómeno relativamente nuevo dentro de las democracias representativas de la región, la problemática de las candidaturas independientes puede analizarse desde una perspectiva eminentemente política por el efecto que su irrupción genera en un contexto dominado fuertemente o, incluso, exclusivamente por partidos políticos, y a través de un ángulo esencialmente jurídico en calidad de derecho fundamental de participación política que exige ser interpretado de la manera que posibilite su más amplio ejercicio y que, en consecuencia, se someta al menor número de restricciones para hacer efectiva la participación directa de los ciudadanos en la democracia.

Probablemente la gran paradoja de las candidaturas independientes consiste en que se ubican en un punto intermedio entre la democracia representativa y la democracia directa, lo cual modifica el papel de intermediación de los partidos políticos, con las consecuencias que ello implica para el funcionamiento y para la doctrina misma que sustenta a la democracia.

²⁸ De conformidad con el concepto aportado por Raúl Ferreyra, la candidatura independiente “es la nominación para ocupar un cargo electivo, cuyo rasgo peculiar y sobresaliente consiste en que tal oferta política se realiza sin el concurso ni principal ni complementario de un partido político”. Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre las candidaturas electorales independientes de los partidos políticos”, *Jornadas sobre... cit.*, p. 7.

²⁹ Zovatto, Daniel, “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, en *Idem* (coord.), *Regulación jurídica de... op. cit.*, pp. 12 y ss.;

Es así porque si la lógica de las democracias actuales sólo se concibe a partir del “eslabón intermedio necesario”³⁰ en el proceso de formación de la voluntad política, ¿cómo entender al sistema cuando participan ciudadanos, en uso de sus derechos políticos, sin la tutela o el acompañamiento de los partidos?

No se trata evidentemente de sostener que la existencia de candidaturas independientes nos acerca de nuevo al polo de la democracia de la identidad, ya que los partidos políticos continúan siendo “inevitables” o “endémicos” a la democracia, pero sí de subrayar que la concepción de la democracia debe ser objeto de replanteamiento para darle el espacio que le corresponde a formas de participación y representación supervenientes y alternativas a los partidos.³¹

Las democracias pluralistas de la actualidad se caracterizan, en opinión de Soriano Díaz, porque los partidos políticos prácticamente dominan todos los extremos de la democracia representativa y todas las esferas de la vida social. Dominan las elecciones mediante el monopolio electoral, a su militancia ante la ausencia de democracia interna en su organización, a la sociedad por la colonización de la sociedad civil, a las instituciones por el sistema de cuotas que establecen, y a la propia actividad política por la profesionalización de sus funciones.³²

Ante un escenario que deja poco espacio a la participación política de los ciudadanos, las candidaturas independientes pueden constituir, sin que todavía existan elementos para confirmarlo, una especie de resurgimiento de la democracia y de la representación política bajo formas de participación en donde los ciudadanos acceden a la toma de decisiones políticas de manera más intensa y directa.

Su sola presencia, por ejemplo: a) Modifica el dominio de los partidos sobre las elecciones, las cuales dejan de estar monopolizadas por una especie única de competidores y abre nuevas rutas de acceso al poder mediante la eliminación del obstáculo de pertenencia o adscripción a un partido. b)

³⁰ Grimm, Dieter, “Los partidos políticos”, Benda, Maihofer, Voguel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 389.

³¹ Ya Bryce afirmaba que “los partidos son inevitables: no ha existido ningún país libre sin ellos; y nadie ha mostrado cómo podría funcionar el gobierno representativo sin ellos”. Brice, James, *Modern democracies*, New York, The Macmillan company, 1921, p. 119. Y Stokes, más recientemente señalaba que los partidos son “endémicos a la democracia, una parte inevitable de la democracia”. Stokes, S. C., “political parties and democracy”, *Annual Review of political science*, núm. 2, 1999, p. 245.

³² Soriano Díaz, Ramón Luis, “El dominio de los partidos políticos: partidos y sociedad”, REP, Nueva época, núm. 105, julio-septiembre, 1999, pp. 265 y ss.

Transforma el andamiaje electoral de un sistema de reglas diseñado para el uso exclusivo de los partidos a un entramado a favor de los derechos políticos anclado en la necesidad de garantizar la paridad de condiciones entre candidatos de partidos y candidatos independientes, que brinda elementos mínimos para la competencia en un contexto desigual, en donde las maquinarias y los recursos económicos de los partidos generan situaciones de evidente desventaja. c) Fortalece el sistema de partidos y coadyuva a la vigorización de su democracia interna, ya que contribuye a filtrar la representación política mediante el desplazamiento de partidos parasitarios que tienen poca representatividad y que se han mantenido en la escena política ante la falta de opciones adicionales, e incorpora una competencia externa a los partidos que, bien calibrada, constituye un elemento de presión que debería orillarlos a replantear sus métodos de selección y postulación de candidatos. d) Despresuriza a las instituciones de la influencia de los partidos políticos, hoy tan marcada en diversos ámbitos del espacio público en donde prácticamente no hay ninguna designación de nivel superior que no pase indefectiblemente por los parlamentos, erigiéndose en obstáculos a la repartición política de los espacios sobre el tradicional sistema de cuotas que no hace sino vulnerar la independencia con la que muchas de ellas deben funcionar, y rebajar la calidad técnica y profesional de su función. e) Repercute en un mayor involucramiento de la ciudadanía en la actividad política, incentivando una nueva clase gobernante que equilibre el monopolio de la política detentada por políticos que se forman y se desarrollan al interior de los partidos y que hacen de ella su única actividad profesional. f) Se erigen en contrapesos necesarios a la permanencia reiterada y a la casi inamovilidad de los representantes de partidos, principalmente en aquellos entornos marcados por la posibilidad de reelección consecutiva de representantes populares. g) Finalmente, en un contexto en el que los candidatos independientes no se ven sometidos a la cosmovisión de los partidos, su presencia política coadyuva a renovar los principios ideológicos, programas políticos y plataformas electorales que conviven en una sociedad democrática, así como a refrescar los discursos, ideas y propuestas políticas, ya que derivado de su origen son sensibles al análisis de los problemas sociales más allá de la perspectiva ordinaria del interés o el beneficio político con que lo hacen los partidos.

En el extremo contrario, si la participación democrática de los ciudadanos se considera un derecho fundamental, o si concreta mediante el empleo de derechos fundamentales como el de sufragio en cualquiera de sus modalidades, es evidente que las cuestiones vinculadas al goce más amplio o más circunscrito del mismo deben verse desde un ángulo esencialmente

jurídico, específicamente a través de la teoría de los derechos fundamentales, por su capacidad para desvelar la razonabilidad de que su ejercicio sea condicionado a la afiliación a un partido político o a la postulación exclusiva por alguno de ellos.³³

La paradoja del voto pasivo consiste en que, por un lado, la exclusividad de la nominación de candidatos por los partidos políticos supedita su ejercicio al influjo de dos derechos adicionales; el derecho de libre afiliación a un partido y el derecho de asociación política que fundamenta, como sabemos, la existencia de los propios partidos; desde esta perspectiva, la exclusividad de la nominación parece justificarse en el ejercicio de derechos políticos; sin embargo, desde la perspectiva contraria, hacer depender el derecho a postularse del ejercicio de otros derechos conduce paradójicamente a la merma o afectación de otros derechos de la misma naturaleza.

En efecto, toda norma que limite la libre postulación de candidatos, o que la condicione a un aval de partidos o al ejercicio previo de otros derechos supone un acto de discriminación que infiere un trato diferenciado entre ciudadanos para el ejercicio del derecho a ser votado. Es así porque la condición de estar afiliados a ellos para poder ser postulado, o en caso de no estarlo, la circunstancia de ser nominados exclusivamente por un partido, y la consecuente prohibición de acceder a los cargos de representación popular por la vía independiente, introducen un trato dispar ante un *status* de ciudadanía igual que debe traducirse en exactas posibilidades de ejercicio del mismo derecho político.³⁴

Lo anterior, porque los sistemas que otorgan el monopolio de la postulación de candidaturas a los partidos políticos hacen depender el derecho al sufragio pasivo de un pretendido “derecho de acceso a la competencia electoral” que, desde la perspectiva abordada constituye más una limitación que un derecho, porque bajo esa consideración se puede tener la titularidad del derecho al sufragio, pero si se carece del derecho de acceso a la competencia, que depende de la pertenencia o de la postulación de partido político, sencillamente el derecho al voto pasivo no puede ejercitarse y, como con-

³³ La participación política como derecho fundamental se encuentra en Fossas Espadaler, Enric, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 42 y ss.; Pulido Quecedo, Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, civitas, 1992, pp. 54 y ss.

³⁴ El influjo del principio de igualdad como criterio a favor de la eliminación de distinciones entre las candidaturas independientes y las partidistas se encuentra en Aragón, Manuel, “IX. Derecho de sufragio: principio y función”, en Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado... op. cit.*, p. 197.; Ferreyra, Raúl Gustavo, “Sobre las candidaturas electorales independientes de los partidos políticos”, *Jornadas sobre... cit.*, p. 7.

secuencia, deja de tener sentido como derecho.³⁵ Los titulares del derecho al voto, en consecuencia, se ven relegados a una connotación de “candidatos en potencia”, que sólo se concreta cuando un partido político los postula a un cargo determinado. El avance de los derechos políticos, en cambio, debe proceder a que el cambio de candidato en potencia a candidato efectivo dependa de la exclusiva voluntad del ciudadano y nada más.

En ese tenor, la igualdad en el contexto del derecho a postularse y obtener una candidatura implica el deber positivo del Estado de no someter los derechos políticos a limitaciones injustificadas, no establecer una diferencia injustificada entre los ciudadanos de conformidad con su *status* de afiliado o no afiliado a un partido político, no interponer obstáculos irrazonables a su ejercicio y en su manifestación positiva, proveer los elementos y las condiciones necesarias para un tratamiento equitativo entre candidaturas con independencia de su procedencia.

Ahora bien, la exigencia de la postulación previo filtro de los partidos políticos genera que el acceso al derecho político-electoral se someta a un conjunto de condicionamientos tales como la adopción de los principios ideológicos del partido, los programas, plataformas y programas de gobierno, y lo constriñe a ceñirse de forma directa o indirecta –de conformidad con su condición de afiliado– al cumplimiento de los estatutos partidistas, todo esto deriva en que el acceso a la candidatura suponga una merma en el ejercicio de otros derechos fundamentales de participación política, como la libertad ideológica que permite postularse bajo sus valores, principios, creencias y convicciones propias, la libertad de expresión al margen de interferencias indebidas, o el ejercicio del derecho de asociación, en su vertiente negativa, que protege su derecho a no afiliarse a ningún partido, todo ello como presupuesto de una actuación institucional independiente. No puede negarse, en este contexto, que el sólo hecho de permitir las candidaturas sin partido elimina de entrada la exigencia de afiliación a un partido y la obligación de postulación por el mismo, haciendo de la afiliación una libertad y dejando a salvo los demás derechos que se ven condicionados con la pertenencia o el patronazgo de un partido.

El goce de oportunidades políticas debe llevar progresivamente a un escrutinio más consistente sobre la observancia de las limitaciones que desde la Convención, las constituciones y las leyes, se imponen al derecho al sufragio pasivo, extendiéndolo a la delimitación de las condiciones, modalidades

³⁵ Pérez-Moneo señala que en España, por ejemplo, la “condición mínima para acceder al cargo público” consiste en que todo ciudadano que quiera desempeñar un cargo público representativo “necesita ser propuesto como candidato por un partido político para poder concurrir a las elecciones”, Pérez-Moneo, Miguel, *La selección de candidatos...* *op. cit.*, p. 163.

o formas que para su ejercicio efectivo introduce el legislador estatal, con el objeto de vigilar que no sean arbitrarias e injustificadas y que no se extiendan más allá de la razonable concretización de los contornos del derecho.

En este sentido, toda interpretación que presuponga que de la Convención no puede deducirse la existencia de una disposición que permita señalar que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho al sufragio pasivo mediante el derecho a postularse como candidatos a puestos de elección popular, exclusivamente a través de los partidos políticos; que tampoco existe disposición que excluya el ejercicio del derecho a postularse a un cargo representativo a formas de organización distintas a los partidos, ni mucho menos existe base normativa alguna para concluir la exclusión de estos derechos de parte de los ciudadanos a través de un ejercicio de postulación individual, debe encaminarse a eliminar limitaciones innecesarias que en el contexto del desarrollo político actual de las sociedades no se justifican.

En los años 70 la restricción al derecho al sufragio pasivo en América Latina se valió de la necesidad histórica y política de tutelar principios y valores constitucionales como la institucionalización del régimen representativo mediante el enraizamiento de los partidos políticos en la sociedad.³⁶ A cuatro décadas de distancia es adecuado preguntarse nuevamente si dicha limitante se justifica en un entorno en donde el ciudadano clama por mayores espacios para el ejercicio de sus derechos, sobre todo si son derechos que le permiten incidir en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, ya que con sus problemas y debilidades es difícil negar que los sistemas de partidos han adquirido niveles de institucionalización que deberían llevar a reflexionar sobre la necesidad de abrir válvulas de oxigenación para los sistemas políticos, en donde las candidaturas independientes aparecen como figuras idóneas para contribuir al fortalecimiento del régimen representativo.

VI. CONCLUSIONES

1.- El derecho al sufragio pasivo se ha visto sometido a una ampliación conceptual derivado del enriquecimiento de su objeto de tutela, concibiéndose como el derecho a ser elegible, a postularse o ser postulado como candidato, a ser registrado, a ser votado en las elecciones, a acceder, desempeñar el cargo y permanecer en él hasta su debida conclusión.

³⁶ Vid. Alcántara Sáez, Manuel, "Análisis comparado del papel de los partidos en los procesos de transición política", en Dutrénit, Silvia y Valdez, Leonardo, (coords), *El fin de siglo y los partidos políticos en América Latina*, México, Instituto Mora, 1994.

2.- En América Latina, el monopolio en la presentación de candidaturas por los partidos políticos para la totalidad de cargos representativos se encuentra hoy atemperado, ya que sólo subsiste en Argentina, Brasil, Costa Rica, Nicaragua y Uruguay.

Hoy en día la radiografía de la región muestra que existe un conjunto de países que se caracterizan por hacer convivir la presentación de candidaturas de los partidos políticos con la postulación que pueden realizar formas asociativas distintas e, incluso, ciudadanos en lo individual. Un primer bloque de experiencias, entre las que se encuentran Guatemala, El Salvador, Panamá, se caracterizan por mantener una fuerte exclusividad de los partidos en la postulación de candidaturas, pero por abrir espacios, así sea mínimos a modalidades accesorias de participación política. Un segundo bloque de experiencias adquiere especificidad al advertir en él la atemperación del papel de los partidos y el auspicio de formas alternativas de participación democrática, particularmente las candidaturas independientes. En este apartado se ubican países como Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

3.- La doctrina de la CIDH sobre el sufragio pasivo es todavía escasa y se encuentra en proceso de desarrollo. La interpretación del contenido del artículo 23 de la Convención Americana se contiene básicamente en las sentencias de los casos *Yatama* y *Castañeda Gutman*. Significativo es advertir que en estos dos casos la Corte mantuvo posturas distintas, ya que frente a una inicial apuesta por el auspicio de formas de participación política al margen de los partidos, su segunda resolución fue más restrictiva, al redimensionar el papel que los partidos políticos ejercen en las democracias.

En el análisis de la exclusividad de los partidos políticos mexicanos para postular candidaturas a puestos de elección popular, la Corte fue consecuente con los argumentos del Estado y adujo que la medida restrictiva “responde a necesidades sociales imperiosas basadas en diversas razones históricas, políticas, sociales” de México, como la necesidad de crear y fortalecer un sistema de partidos políticos que en la práctica no existía.

4.- De conformidad a la radiografía actual sobre el estado del derecho a presentar candidaturas en América Latina, un total de once países, entre los que se encuentran Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, admiten la libre postulación de los ciudadanos en las elecciones.

Como fenómeno relativamente nuevo dentro de las democracias representativas de la región, la problemática de las candidaturas independientes puede analizarse desde una perspectiva eminentemente política, por el efecto que su irrupción genera en un contexto dominado fuertemente o, incluso,

exclusivamente por partidos políticos, y a través de un ángulo esencialmente jurídico, en calidad de derecho fundamental de participación política que exige ser interpretado de la manera que posibilite su más amplio ejercicio y que, en consecuencia, se someta al menor número de restricciones para hacer efectiva la participación directa de los ciudadanos en la democracia.

En los años 70 la restricción al derecho al sufragio pasivo en América Latina se valió de la necesidad histórica y política de tutelar principios y valores constitucionales como la institucionalización del régimen representativo mediante el enraizamiento de los partidos políticos en la sociedad. A cuatro décadas de distancia es adecuado preguntarse nuevamente si dicha limitante se justifica en un entorno en donde el ciudadano clama por mayores espacios para el ejercicio de sus derechos, sobre todo si son derechos que le permiten incidir en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, ya que con sus problemas y debilidades es difícil negar que los sistemas de partidos han adquirido niveles de institucionalización que deberían incentivar la reflexión sobre la necesidad de abrir válvulas de oxigenación para los sistemas políticos, en donde las candidaturas independientes aparecen como figuras idóneas para contribuir al fortalecimiento del régimen representativo.

GARANTÍAS POLÍTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA FEDERAL MEXICANA

Daniel BARCELÓ ROJAS*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El sistema presidencial de los estados. Las relaciones entre poderes.* III. *Funciones del Poder Ejecutivo en el sistema presidencial.* IV. *Controles intraorgánicos e interorgánicos del Poder Ejecutivo en el sistema presidencial estatal.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada y adicionada en su primer artículo para asentar la determinación de su franca apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Dice la reforma en su primer párrafo:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

En la citada reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 se plantearon importantes cambios conceptuales concernientes con las garantías de los derechos, que merecieron incluso la modificación del nombre del Capítulo I de la Constitución que a partir de

* Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (campus ciudad de México); Maestro en Política y Gobierno en América Latina por la Universidad de Essex (Inglaterra); Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente es profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

entonces se denomina “De los derechos humanos y sus garantías” y que antes se llamaba “De las garantías individuales”. Ello tiene el propósito de enfatizar el profundo giro que se quiere propiciar en la concepción sobre los derechos humanos y en la forma en que se vienen protegiendo en México como una cuestión propia del procedimiento judicial, encomendada al Poder Judicial de la Federación con exclusión de los poderes judiciales de los estados mediante el juicio federal de amparo como su mecanismo de cierre. Con fundamento en la enmienda constitucional de 2011, y en acato a la sentencia Radilla, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha modificado su política judicial con respecto a los jueces de los poderes judiciales de los estados de forma tal que éstos contribuyan junto con los jueces federales en la protección de los derechos humanos. Era necesario dar ese paso. Pero con claridad la reforma constitucional ha introducido un mandato más amplio dirigido a todos los poderes públicos del Estado mexicano —que incluye a estados y municipios—, para que se impliquen y de manera interactiva generen las condiciones para el goce de todos los derechos humanos. Dice el artículo 1 de la Constitución en su tercer párrafo:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En este contexto se inscribe el presente trabajo que ofrece una teoría del tratamiento de los derechos humanos que integra los procesos judiciales y los procesos políticos en los estados, pero con particular énfasis en estos últimos en tanto que han merecido una atención menor en la doctrina. Tal omisión de la academia ha aportado su parte para que al próximo aniversario de los 100 años de la Constitución Federal de 1917 lleguemos con un grave y vergonzoso rezago social —con más de la mitad de los mexicanos en situación de pobreza—, que evidencia de manera incontestable el incumplimiento de los derechos sociales por los que dicha Constitución ha entrado a la historia.

II. EL SISTEMA PRESIDENCIAL DE LOS ESTADOS. LAS RELACIONES ENTRE PODERES

La Constitución Federal de la República Mexicana ordena a los estados adoptar un sistema presidencial como forma de gobierno. La Constitución

Federal no lo dice así expresamente sino que en el artículo 116 dispone que los estados en sus respectivas Constituciones deben establecer las dos características básicas de esta forma de gobierno: (1) que el jefe del Poder Ejecutivo se elija popularmente en forma directa e independiente del Poder Legislativo, y (2) que el gobernador se elija para un periodo fijo predeterminado y no dependa para su permanencia en el cargo de la confianza que le dispense el Poder Legislativo.¹

Para entender el sistema presidencial de los estados resulta ilustrativo hacer su contraste con los rasgos más importantes de la forma alternativa de gobierno, el sistema parlamentario, que han adoptado un número importante de las democracias de nuestros días siguiendo los pasos del modelo construido en Inglaterra.²

El sistema parlamentario se distingue del sistema presidencial porque el gobernador no se elige por separado de los representantes populares que integran el Poder Legislativo. El pueblo vota por los diputados de los diferentes partidos, y el partido que obtiene un número de diputados de la mitad más uno de los miembros de la cámara tiene el derecho a “formar gobierno”, es decir, de elegir de entre los diputados recién elegidos al presidente del gobierno. Una vez que el jefe de gobierno ha sido investido como tal, le propone al Parlamento a las personas que con él habrán de formar gobierno como cabezas de los diferentes secretarías de despacho —a los que llaman ministerios- que pueden ser o no diputados del propio Parlamento. De esta forma el Parlamento le otorga su “confianza” al gobierno, pero también se la puede retirar para formar un nuevo gobierno; la pérdida de confianza en el gobierno y la formación de uno nuevo requiere la convocatoria a nuevas elecciones. El Parlamento también puede “censurar” a un Ministro que no esté realizando bien su encomienda, lo que tiene el efecto de su cese en el cargo.

Cada cuatro o cinco años hay elecciones programadas para renovar el Parlamento, pero en el sistema parlamentario, como ya mencionamos —a diferencia del presidencial- puede haber elecciones anticipadas en dos supuestos: (a) en el caso que la mayoría del parlamento que eligió al presidente del gobierno le pierda la confianza a éste por ser un mal gobernante, o alternativamente, (b) que haya puntos de vista irreconciliables entre el jefe de

¹ de la Madrid Hurtado, Miguel, “La división de poderes en las entidades de la Federación Mexicana”; en sus *Estudios de Derecho Constitucional* (2ª.ed.). México, Porrúa, 1986; pp. 205-239. en el refrendo y las relaciones entre el Congreso de la Unión y el Poder Ejecutivo. México, IJUNAM, 1986; pp. .

² Nohlen, Dieter. “El presidencialismo: análisis y diseños institucionales en su contexto”; en su *Ciencia Política Comparada*. Puebla, ICGDE-Universidad del Rosario, 2013; pp. 121-129.

gobierno y el Parlamento sobre una política pública central, caso en el cual el jefe de gobierno convoca a que el pueblo la resuelva mediante la elección de un nuevo parlamento. Ello implica que todos los miembros del Parlamento -incluido el jefe de gobierno-, cesan en sus puestos parlamentarios y se someten a una nueva elección de la cual sale una mayoría parlamentaria que resuelve en un sentido o en otro la confrontación que condujo al jefe del gobierno a disolver el parlamento; el pueblo en dicha elección puede depositar nuevamente su confianza en una mayoría del partido en el que milita el jefe de gobierno que planteó la cuestión política, o retirarla³.

En el sistema presidencial de gobierno el pueblo elige al gobernador, y por separado a los diputados. Uno y otros cesan en sus responsabilidades públicas al concluir el periodo fijo predeterminado por el cual fueron elegidos -seis años para el primero y tres años para los segundos según las disposiciones vigentes en la Constitución Federal y en las Constituciones estatales mexicanas. La única forma de forzar la salida anticipada del gobernador del estado o de un diputado, es mediante juicio político por violación grave a la Constitución Estatal y/o a la confianza pública de la ciudadanía. Cabe señalar además que en el sistema presidencial estatal mexicano los secretarios de despacho son removidos por el gobernador, pero la Constitución Estatal pueden disponer la censura parlamentaria para removerlos bajo el cargo de mala administración.⁴

La división de poderes en el sistema presidencial. En el sistema presidencial de los estados el poder se separa para su ejercicio en ejecutivo, legislativo y judicial -y en últimas décadas, también entre órganos constitucionales autónomos.

Teóricamente la división entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tiene dos propósitos: (1) como dispositivo para el control de constitucionalidad, y (2) como dispositivo para la toma inteligente de las decisiones públicas. Complementariamente, la división y asignación de potestades al Poder Judicial obedece (3) a la necesidad de que otro Poder mantenga en sus perímetros competenciales al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo con el

³ Fix Zamudio, Héctor y; Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado* (8ª. Ed.). México, Porrúa, 2012; pp. 273-290.

⁴ La Constitución Federal vigente en su artículo 108 expresamente menciona qué funcionarios de los estados gozan de fuero constitucional, y no incluye entre ellos a los secretarios de despacho estatales. En congruencia con esta habilitación implícita, varias constituciones estatales de la época revolucionaria reconocían la potestad del congreso local para destituir a los secretarios de despacho del gobernador, entre ellas la Constitución de Tabasco de 5 de abril de 1919. Véase Barceló Rojas, Daniel A. y; Piña Gutiérrez, Jesús. *Historia de las instituciones jurídicas de Tabasco*. México, Senado de la República, 2010; pp. 80-93.

objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas por acciones violatorias de dichos Poderes.⁵

Control de constitucionalidad. La forma en que se ejercía el poder público en el siglo XIX llevó a los pensadores de la época al convencimiento, basado en evidencia empírica, en lo que veían o experimentaban en carne propia, que la concentración del ejercicio del poder público en una sola persona para legislar y aplicar la legislación a los gobernados conducía a la tiranía, y consecuentemente al desconocimiento de los derechos de los gobernados. Es por ello que la división del poder de legislar, de aplicar las leyes, y de dirimir conflictos, se va a concebir como un dispositivo técnico para inhibir el abuso del poder y, de ser el caso, reaccionar contra la violación de los derechos de las personas reconocidos en la Constitución.⁶

En aquellos tiempos la idea del control judicial de la constitucionalidad de las leyes era controvertida, algunos la consideraba antidemocrática. En efecto, en los albores del constitucionalismo en México la protección de la Constitución se presentó como un problema capital de teoría política. ¿Quién debía proteger a la Constitución contra un acto del Poder Legislativo que la violase? ¿Acaso los jueces —que no eran democráticamente electos— debían tener el poder de anular una ley votada por los representantes populares democráticamente electos por el pueblo? El asunto no era nuevo, se había planteado en los países que iniciaron el constitucionalismo —los Estados Unidos de América y Francia.

En el caso de Norteamérica su Constitución Federal de 1787 no estableció expresamente otro control de constitucionalidad que el político; el control judicial emergería por interpretación de la Suprema Corte en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, inspirado en antecedentes de la justicia constitucional de algunos estados federados que ya habían ensayado el control de constitucionalidad por órgano y proceso judicial⁷. Es de advertir que como un resabio de aquellos tiempos la Constitución Federal de la República Norteamericana sigue hasta la fecha sin considerar expresamente en su texto el control judicial de las leyes o “*judicial review of legislation*”.

Francia por su parte expresamente desechó la posibilidad de que los jueces controlaran la constitucionalidad de las leyes aprobadas por los re-

⁵ Fisher, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President* (5a. Ed.). University Press of Kansas, 2005; pp. 1-20. También la obra del mismo autor *American Constitutional Law* (6a. Ed.). Durham, Carolina Academic Press, 2005; pp. 161-246.

⁶ de la Madrid Hurtado, “División de poderes y forma de gobierno en la Constitución de Apatzingán”; en sus *Estudios de Derecho Constitucional*, pp. 171-203.

⁷ Pound, Roscoe. *Evolución de la libertad* (traducción de Alfonso Castaño). México, Libros Mexicanos Unidos, 1964; pp. 113-130.

presentantes populares reunidos en su Asamblea Nacional. El argumento contra el control judicial de las leyes obedecía a objeciones desde la teoría de la democracia representativa –que no admitía con facilidad que un juez que no tenía legitimidad democrática pudiese anular las leyes aprobadas por un conjunto de representantes electos por el pueblo; además de ello, los franceses rechazaban el modelo de control judicial de constitucionalidad por el hecho de que los jueces franceses no eran imparciales pues pertenecían a la nobleza, clase social vinculada con el Rey que los revolucionarios franceses había depuesto y decapitado para implantar un sistema republicano electivo⁸.

Como legado de la teoría de a división de poderes concebida en los albores del constitucionalismo tanto en México como en Estados Unidos y Francia –que son democracias constitucionales con forma de gobierno presidencial- la división de poderes como dispositivo de control de constitucionalidad por proceso y órganos políticos mantiene su vigencia hasta el día de hoy con el veto como uno de sus principales instrumentos⁹, sólo que al lado de dicho esquema de control de constitucionalidad ha emergido y se ha consolidado el control de constitucionalidad por órgano y proceso judicial¹⁰.

Dispositivo para la toma inteligente de las decisiones públicas. Separar los poderes, y a renglón seguido obligarles a ponerse de acuerdo para aprobar leyes fomentaría –señalaba la teoría- el refinamiento de las leyes por el uso de la razón. La democracia representativa y de su procedimiento legislativo reposa en la idea del valor del diálogo para llegar a las mejores decisiones para la sociedad política. Bajo esta premisa se configuró un procedimiento legislativo por medio del cual se aprobarían las decisiones políticas vinculantes para la comunidad con autoridad de “ley”, deliberadamente reposado, en el que participan dos poderes públicos –el Legislativo y el Ejecutivo, así como los ciudadanos. El procedimiento legislativo, por disposición constitucional, debe someter las iniciativas de ley a varias lecturas -y ser público-, al efecto de que los ciudadanos tengan también oportunidad de participar expresando su parecer. El resultado de dicho diálogo entre dos poderes públicos y los ciudadanos –potenciados con la intermediación de los medios de comu-

⁸ Rogoff, Martin. *French Constitutional Law*. Durham, Carolina Academic Press, 2011; pp. 184-190.

⁹ de la Torre Villar, Ernesto. “El constitucionalismo mexicano y su origen”; en *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*. México, UNAM, 1964; pp. 198-203.

¹⁰ Rabasa, Emilio. *Historia de las Constituciones Mexicanas*. México, IJUNAM, 2008; pp. 51-54.

nicación social- sería la confección y aprobación de leyes más inteligentes, sensibles a los intereses de los representados¹¹.

La teoría de la división de poderes en nuestros días. Contrario a lo que se pensaba en los albores del constitucionalismo que percibía la actividad de los partidos como nociva para el interés general, las democracias representativas de nuestros días operan por medio de partidos políticos. Esto ha provocado que la línea divisoria entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el sistema presidencial tienda a diluirse –a borrarse incluso- por la identidad del partido político al que pertenecen el Gobernador y los diputados del partido en el gobierno.¹² El mismo fenómeno se produce en los sistemas presidenciales de coalición que se conforman por la asociación formal por el periodo de una legislatura del gobernador y los diputados de su partido, con diputados y dirigentes de otras formaciones políticas diferentes cuando, pasada la elección, el partido en el gobierno no obtiene mayoría absoluta en el congreso; dicho pacto entraña la elaboración e impulso político de un programa de gobierno común¹³. Pues bien, al producirse esta vinculación entre Poderes, lógicamente, el choque entre ellos como control político de constitucionalidad ha perdido potencia. Pero la disminución del control político de constitucionalidad entre Poderes ha sido oportunamente compensado por el control político de los ciudadanos por medio de instrumentos de democracia directa, así como por el control de constitucionalidad por órgano y proceso judicial. Por otra parte, por lo que se refiere a la teoría de la separación de poderes como dispositivo para la toma inteligente de las decisiones públicas en el sistema presidencial de nuestros días, cabe decir que sigue tan actual al día de hoy como lo fue en la época de su concepción.

III. FUNCIONES DEL PODER EJECUTIVO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL

Mediante la locución “poder ejecutivo” que utiliza la Constitución Estatal se entiende la función que se atribuye al gobernador del estado, pero también

¹¹ Eskridge, William N.; Frickey, Harry; y Garrett, Elizabeth. *Legislation and Statutory Interpretation* (2ª. ed.). New York, Foundation Press-Thompson West, 2006; pp. 81-83.

¹² Dickinson, Mathew J. “The President and Congress”; en Michael Nelson (ed.) *The Presidency and the Political System* (9ª. Ed) . Washington, CQ Press, 2009; pp. 409-430. También NOHLEN, “El presidencialismo: análisis y diseños institucionales en su contexto”; en *Ciencia Política Comparada*, op. cit., pp. 107-120.

¹³ Lanzaro, Jorge. “Presidencialismo con partidos y sin partidos. El presidencialismo en América Latina: debates teóricos y evolución histórica”; en su compilación *Presidencialismo y Parlamentarismo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012; pp. 17-56.

al órgano que le sirve de instrumento para llevarla a cabo; “poder ejecutivo” como función del Estado se refiere a la tarea que se le asignaba en el siglo XIX al gobernador del estado: hacer cumplir las leyes aprobadas por el congreso, ejecutarlas. Para ello se le atribuía la potestad jurídica de emitir “reglamentos” y llevar a cabo “actos ejecutivos”, con los que físicamente hacía que las cosas sucedieran.¹⁴ Esta labor la sigue desempeñando el gobernador del estado hasta el día de hoy, más ya no es -como sí lo fue en el siglo XIX-, su única encomienda.

En el siglo XX las demandas del pueblo mexicano sobre sus necesidades básicas se elevaron a rango de derechos sociales, e hicieron que los gobiernos nacional y estatales se tuviesen que hacer cargo de proveer servicios de salud, educación, apoyos al trabajador, provisión de vivienda. Los derechos sociales generaron una nueva responsabilidad al Estado: intervenir directamente en el proceso económico para mejorar sus beneficios sociales y planear la acción del gobierno, dirigir la acción pública. Dicho en otras palabras, se produjo la mutación del Estado liberal al Estado de Bienestar, lo que trajo aparejada la necesidad de imprimir dirección a la acción pública y, de manera obligada, la de asignar a un órgano constitucional la tarea de director. Tal asignatura recayó de manera natural en el jefe del poder ejecutivo en el sistema de gobierno mexicano de tipo presidencial –lo que sólo pueden llevar a cabo con éxito en la medida que sea capaz de influir sobre el parlamento que ostenta la potestad de aprobar las leyes y presupuestos.¹⁵

Así pues, como jefe del Poder Ejecutivo la Constitución del estado le asigna hoy día al gobernador la función de ejercer el poder ejecutivo en su sentido decimonónico, pero también otras más. Las funciones del jefe del Poder Ejecutivo estatal del siglo XXI son las siguientes:

1. Defender e implementar la Constitución del estado.
2. Dirigir la acción pública para resolver los problemas sociales así como colmar las expectativas de progreso de la sociedad política.
3. Ejecutar o gestionar las leyes aprobadas por el Congreso del estado.
4. Implementar los mandamientos de la Constitución Federal y las obligaciones derivadas de Tratados Internacionales que por el sistema federal de distribución de competencias deben cumplirse a través de las competencias reservadas a las entidades federativas.

Ahora bien, como en una democracia representativa el poder público es delegado por el pueblo para ser ejercido en su beneficio y sujeto a condi-

¹⁴ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. (26^a. Ed.). México, Porrúa, 1987; pp. 53-66.

¹⁵ Sáenz Arroyo, José. “Bases Constitucionales de la Planeación en México”; en (VVAA) *La Planeación en México*. México, Porrúa, 1982; pp. 1-14.

ciones, la Constitución del estado le impone al gobernador dos obligaciones constitucionales estrechamente vinculadas a las cuatro funciones enlistadas arriba. Estas son:

1. Rendir cuentas del ejercicio del poder que el pueblo le ha conferido a través de la Constitución del estado.
2. Responder por los actos de gobierno: asumir las responsabilidades por las acciones y omisiones encomendadas por la Constitución Estatal al jefe del Poder Ejecutivo.

Para desempeñar las cuatro funciones la Constitución Estatal atribuye al jefe del Poder Ejecutivo las “potestades jurídicas” necesarias para llevarlas a cabo. Las funciones y potestades jurídicas se identifican y explican en los siguientes párrafos.

1. Defensa e implementación de la Constitución del estado

La Constitución Estatal puede ser violada por afectación a los derechos fundamentales que ella otorga, o por desconocimiento del marco de competencias de los tres poderes locales (horizontal) o de la distribución de competencias entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos de los estados (vertical). Defender la Constitución Estatal es el primer deber del gobernador, que se formaliza con la protesta solemne que el jefe del Ejecutivo rinde obligándose a ello en su acto de investidura. Para hacer respetar la Constitución Estatal, ésta atribuye “potestades jurídicas” al gobernador para interponer: el veto, la controversia constitucional, y la acción de inconstitucionalidad.

El gobernador tiene la potestad de interponer “observaciones” a las leyes inconstitucionales que apruebe el congreso del estado para defender o proteger la Constitución del pueblo –potestad conocida como “veto”. Esta potestad del gobernador se encuentra integrada dentro del procedimiento legislativo establecido en la Constitución al que se debe ceñir la aprobación de las leyes. En el procedimiento legislativo se señala que después de aprobada una ley por el congreso, éste lo debe remitir al jefe del Poder Ejecutivo para que exprese por escrito sus observaciones si las hubiere. En sus observaciones el gobernador puede expresar su desacuerdo con la ley por considerar que es contraria a la Constitución del estado, o a la Constitución Federal o a los tratados internacionales que obligan a los Estados Unidos Mexicanos. La observación del gobernador sobre la constitucionalidad de la ley tiene el efecto de reenviar nuevamente la ley al congreso para un análisis de constitucionalidad por parte del congreso.

El congreso estatal puede considerar fundadas las objeciones de constitucionalidad señaladas por el gobernador, hacer las correcciones pertinentes, y aprobar la ley nuevamente con la misma mayoría absoluta requerida para la aprobación de las leyes. Pero el Congreso puede también considerar que la ley no tiene vicio alguno de constitucionalidad, es decir, que las observaciones del gobernador no tienen fundamento alguno, y proceder a aprobar la ley nuevamente pero con una mayoría calificada de dos terceras partes de los miembros del congreso como requisito exigido por la Constitución Estatal para superar las observaciones interpuestas por el Poder Ejecutivo.

La controversia constitucional es un segundo instrumento procesal que sirve para proteger las competencias que la Constitución le asigna al Poder Ejecutivo por su posible invasión por otro Poder u órgano constitucional autónomo o por un Ayuntamiento. La controversia constitucional que se interpone contra la ingerencia indebida sobre las competencias propias por parte de otro Poder u órgano constitucional o Ayuntamiento tiene el propósito de garantizar el esquema de distribución constitucional de competencias.

Por su parte la acción de inconstitucionalidad que el gobernador puede interponer por conducto del procurador de justicia, es un medio por el cual se cuestiona la constitucionalidad de una ley aprobada por el congreso. De considerarse fundada la impugnación, la ley se anula en el segmento que resulte contrario al texto constitucional.

Ahora bien, es de advertir que la “defensa de la Constitución” no es suficiente para que ésta se cumpla, para garantizar su carácter de norma suprema. La Constitución Estatal además se debe “implementar” para que el Estado pueda satisfacer los derechos de segunda y tercera generación otorgados en la propia Constitución¹⁶. Es decir, una parte de la Constitución concernida con los derechos fundamentales demanda acciones de anulación o “negativas”, y otra acciones de creación o “positivas”.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua nos aclara el porqué de las acciones negativas y positivas como garantías de la supremacía constitucional. “Defender” significa: “(1) amparar, librar, proteger; (2) mantener, conservar, sostener algo contra el dictamen

¹⁶ Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York, Anchor Books Edition, 2000; pp. 13 y ss. de la Madrid Hurtado, “Economía y Derecho”; en sus *Estudios Constitucionales*, op. cit., pp. 14-33; También López Ayllón, Sergio y; García, Adriana. “Distribución de la riqueza: el complejo equilibrio de la democracia constitucional”; en Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés (coords.) *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*. México, El Colegio Nacional-IJUNAM, 2011; pp. 233-256.

ajeno; (3) vedar, prohibir; (4) impedir, estorbar”. Por su parte “Implementar” significa: “poner en funcionamiento, aplicar métodos, medidas, etcétera, para llevar algo a cabo”¹⁷.

La Constitución Federal en su artículo 1, señala: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...)”. Ciertamente los derechos fundamentales de primera generación reconocidos en el siglo XIX –los derechos políticos y civiles- se configuraron de manera tal que debían ser defendidos contra intromisiones de los poderes públicos destacándose como su técnica más acabada las garantías procesales de tipo judicial. Pero los derechos sociales y los derechos de solidaridad, en agudo contraste con los derechos políticos y civiles, requieren la intervención del Estado –no su abstención- para que las personas puedan efectivamente disfrutarlos. Y dicha intervención sobre todo recae en los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado, no en el Poder Judicial, pues se traducen en mandamientos de ley para que las administraciones públicas a cuyo mando se encuentra el gobernador del estado, provean la educación pública, la salud pública, la promoción del pleno empleo, la vivienda, la asistencia social, y la preservación del medio ambiente en cumplimiento a los derechos fundamentales de las personas.¹⁸

De todo lo dicho se puede afirmar para efectos meramente analíticos que al día de hoy la “defensa de la Constitución del estado” y los derechos de primera generación (civiles y políticos) que establece requiere una “acción negativa” de los poderes públicos locales, cuyo control recae en última instancia en el Poder Judicial; mientras que la “implementación de la Constitución del estado” y los derechos que establece –particularmente los sociales y los de tercera generación- precisa una “acción positiva”, y que ésta última tarea exige necesariamente de la acción del Poder Ejecutivo sujeta a las leyes del Congreso del estado, es decir, la colaboración del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del estado¹⁹. El Poder Judicial no es el órgano más apto

¹⁷ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia de la Lengua (22ª. Ed). Madrid, Espasa Calpe, 2001.

¹⁸ Ruiz Massieu, Francisco. “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho de protección a la salud”; en *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*. México, Porrúa, 1983; pp. 226 y ss. También Gamas Torruco, José. *Derecho Constitucional Mexicano*. México, Porrúa, 2001; pp. 375-377.

¹⁹ Carpizo, Jorge. “El cumplimiento de los derechos de la justicia social”, en *Documento de Trabajo* no. 159. México, IJJUNAM, septiembre de 2011; pp. 1-22; y “Los derechos humanos de solidaridad”, en *Documento de Trabajo* no. 162. México, IJJUNAM, Octubre de 2011; pp. 1-30.

para promover los derechos sociales y los derechos de tercera generación, tan sólo participa para su protección de manera intersticial.²⁰

Para cumplir con la función de “implementar la Constitución”, la Constitución le otorga “potestades jurídicas” al gobernador del estado. Por ser las mismas potestades jurídicas necesarias para cumplir con la función de dirección de la acción pública y ejecución de la ley que se explica en los siguientes dos apartados, nos remitimos a lo que en ellos se comenta.

Para concluir este apartado es obligado apuntar que la participación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en la implementación de la Constitución Estatal –y de manera especial para promover los derechos sociales y de tercera generación que se satisfacen por medio de la intervención sobre la economía y la gestión de los servicios públicos a cargo del Poder Ejecutivo- no se reduce a emitir la legislación y aprobar los presupuestos, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben también *evaluar* por sus resultados el impacto de la inteligencia de las políticas públicas y la propiedad de su debida gestión, con el objeto último bien de rectificar o bien de escalar a la alza la política pública, para alcanzar cotas cada vez más altas de goce de tales derechos por los gobernados. Ello es así porque los derechos sociales y los de tercera generación (en realidad todos los derechos) están sujetos al “principio de progresividad” por disposición expresa de la Constitución Federal (art. 1, párr. 3.º) y de la Constitución Estatal²¹. Para cumplir con este principio constitucional –para saber que efectivamente se está progresando- necesariamente se debe “medir” empíricamente los resultados de las políticas públicas encaminadas a la satisfacción de los derechos sociales²² y de tercera generación con las técnicas que provee la Ciencia Política y la Ciencia de la Administración Pública, entre ellas la estadística social²³, y hacerlos del dominio público. Traducir a lenguaje matemático el estado que guardan los derechos humanos, y difundir

²⁰ Gamas Torruco, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit., . pp. 1120-1121. Ferrer MacGregor, Eduardo. “La justicia y el constitucionalismo social”; en Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés (coords.) *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*. México, El Colegio Nacional-IJUNAM, 2011; pp. 109-136.

²¹ Carpizo, Jorge. “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 25, julio-diciembre de 2011, p. 22.

²² ONU. *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la Medición y la Aplicación*. New York, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, 2012. También véase Carbonell, José y Carbonell, Miguel. *El derecho a la salud: una propuesta para México*. México, IJUNAM, 2013; pp. 31-48.

²³ Kurtz, Norman. *Introduction to Social Statistics* (reimpr.). Singapore, Mac Graw Hill, 1985; pp. 1 y ss.

la estadística social, es una garantía de naturaleza política de los derechos humanos de segunda y tercera generación.²⁴

En suma: en el sistema presidencial de los estados mexicanos el gobernador debe medir los efectos de su gestión y hacer su autoevaluación (control intraorgánico) al propósito de rectificar, o simplemente -obligado por el citado “principio de progresividad” de los derechos humanos- mejorar la gestión cuando ésta está obteniendo los resultados previstos al momento en que la medida pública se implantó. Sin embargo en última instancia la evaluación recae en el Poder Legislativo (control interorgánico). Los controles intraorgánicos e interorgánicos sobre el ejercicio del poder del jefe de gobierno del estado son complementarios. En este orden de ideas los controles intraorgánicos e interorgánicos del sistema presidencial estatal deben ser considerados garantías institucionales para el cumplimiento de todos los derechos humanos y de manera especial con respecto a los derechos de segunda y tercera generación. El estudio integral de ellos, sugiere Diego Valadés, requiere una disciplina propia, el “Derecho Procedimental Político”, proposición académica que asumimos en el presente trabajo.

2. Dirección de la acción pública

La dirección política de la comunidad estatal es uno de los deberes más importantes que en nuestra democracia representativa se le encomienda al jefe del Poder Ejecutivo²⁵. Consiste en (1) identificar los problemas sociales y las aspiraciones del pueblo para elevar su calidad de vida, (2) decidir cómo resolver dichos problemas y satisfacer las aspiraciones de la manera más eficiente, y (3) persuadir al congreso estatal para que apruebe las leyes y presupuestos necesarios para implementar los programas de gobierno confeccionados por el Poder Ejecutivo para cumplir con las expectativas sociales de una vida mejor, con orden y paz sociales.²⁶

La acción de gobierno tiene como objetivo esencial y último la promoción de los derechos humanos. Como señala Jorge Carpizo haciendo eco de

²⁴ Orozco Hernández, J. Jesús. “Consideraciones sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”; en *Memoria del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Argentina, IIDH-Universidad Nacional de Tucumán-Asociación Argentina de derecho Constitucional, 2013; pp. 315-325.

²⁵ de la Madrid Hurtado, Miguel. *El ejercicio de las facultades presidenciales*. México, Porrúa, 1998; pp. 45-49; también López Guerra, Luis. *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; pp. 83-84.

²⁶ Birkland, Thomas. *An Introduction to the Policy Process. Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making* (3ª. Ed.). London, Sharpe, 2011; pp. 3 y ss.

los juristas y constituyentes mexicanos de los siglos XIX y XX que proyecta al siglo XXI, los derechos humanos son el origen y fin del poder público²⁷. Este principio básico del liberalismo se encuentra expresamente establecido en el derecho constitucional mexicano. La Constitución Federal a la letra dice: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (...)”. Es así que, por mandamiento constitucional, al planear y programar la acción de gobierno el jefe del Poder Ejecutivo del estado debe tener presente que a ello le obliga el artículo 1 de la Constitución Federal –artículo que suele ser repetido en la Constitución Estatal.

El gobernador cuenta con varias “potestades jurídicas”, complementarias entre sí, que le permiten descargar la función de dirección de la acción pública:

1. La potestad de elaborar el plan estatal de desarrollo.
2. La potestad de iniciar leyes, incluida la ley de ingresos y egresos del estado.
3. La potestad para interponer observaciones a las leyes del Congreso o veto.
4. La potestad de nombramiento y remoción de los miembros de su consejo de gobierno o gabinete.

Siguiendo las enseñanzas de Jorge Carpizo, en adición a estas cuatro potestades constitucionales, el gobernador suele contar con una importante potestad “metaconstitucional” que mana de la capacidad de influencia del gobernador sobre el partido político en el gobierno –el liderazgo sobre el Congreso del estado (F). A esta hay que añadir la que sugiere Diego Valdés que se manifiesta cuando el gobernador ejerce influencia sobre otros partidos políticos con representación en el congreso con los que forma un gobierno de coalición mediante un pacto (F’).

A. - *El Plan Estatal de Desarrollo*. El gobernador es el funcionario a quien la Constitución Estatal encomienda la elaboración de un plan de desarrollo. Un plan tendiente a hacer realidad la idea de presente y de futuro de una sociedad estatal sustentado en la dignificación progresiva del ser humano – en hacer los derechos humanos una realidad cotidiana.²⁸

Los problemas de las sociedades actuales y de los individuos que las integran son cada vez más complejos, y en la medida en que crece la pobla-

²⁷ Carpizo, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, op. cit., pp. 3-29.

²⁸ Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz. *Gasto y financiamiento del Estado*. México, IJUNAM, 2013; pp. 50-53.

ción, crece también la dificultad para darles a todos solución simultáneamente. Y ello es así porque los recursos económicos para atenderlos, que tienen que salir de la bolsa de los contribuyentes, no crecen al mismo ritmo. Por esta razón se deben identificar todos los problemas de la sociedad, pero fijar prioridades para su atención y solución.

Ahora bien, tanto la identificación de los “problemas” de la sociedad, como sus posibles “soluciones”, pueden ser muy diferentes según la óptica ideológica con que se miren²⁹. Por ejemplo, para los miembros de partidos progresistas el crecimiento exponencial de la natalidad es considerado un problema porque no crece al mismo tiempo la posibilidad de proveer educación para esos miles de niños y jóvenes, y vivienda y trabajo cuando se convierten en adultos, y posteriormente un plan de seguridad social para cuando esos mexicanos envejezcan y mengüen inevitablemente sus fuerzas físicas para continuar trabajando. Por ello quienes ven el crecimiento de la natalidad como un problema de la sociedad, procuran el control de la natalidad por diversos medios. Pero desde otra posición ideológica más conservadora, la tasa de natalidad no es un “problema” sino el desarrollo natural del individuo, la familia y la sociedad y por tanto se oponen a controles de natalidad.

No hay en una democracia representativa ninguna certeza de qué es un problema social y qué no, y de cómo se habrán de atender. La única certeza es que no se puede imponer ninguna posición ideológica con exclusión de las demás, sino que todas deben apelar al apoyo del pueblo como medio de resolución de los conflictos sociales. Bajo esta óptica la Constitución dispone que los gobernadores serán elegidos como representación ideológica de un partido político, organización que tiene la encomienda de canalizar la participación política de los ciudadanos por identificación ideológica.

B.- Potestad de iniciativa de ley. El Plan Estatal de Desarrollo necesita traducirse en leyes para que pueda ejecutarse. Es decir, para cumplir con los objetivos sociales que se impone en el Plan Estatal de Desarrollo, el gobernador debe confeccionar un conjunto de leyes que presenta ante el congreso del estado para su discusión y aprobación, y para ello la Constitución Estatal le otorga la potestad de iniciar leyes ante el congreso del estado en cualquiera de los ramos reservados al estado, o de aquellos otros que la Constitución Federal define como competencias concurrentes —tales como educación, salud, medio ambiente, etcétera.

La potestad de iniciativa del gobernador no se agota en la posibilidad de impulsar nuevas leyes sino que la iniciativa de ley también sirve para in-

²⁹ Spiro, Herbert J. *The Political Systems of Democracy*. Amherst, Random House, 1959; pp. 22-29.

roducir reformas a las existentes. Esto es absolutamente necesario para que la evaluación intraorgánica de la inteligencia y apropiada gestión administrativa de las políticas públicas que el gobernador está obligado a realizar puedan ajustarse en caso necesario.³⁰

Ahora bien, para que los individuos que integran la sociedad política estatal puedan gozar efectivamente de sus derechos humanos, es absolutamente necesario que haya recursos económicos para sufragar los gastos del poder público, y estos deben provenir de los impuestos que se cobran a los propios ciudadanos o derivar de los productos de la explotación de sus bienes colectivos. La Constitución Estatal le asigna la encomienda al jefe del Poder Ejecutivo de proyectar los ingresos y gastos públicos, y expresarlos en una iniciativa de ley de presupuestos que unos y otros.

C.- *La potestad para interponer observaciones a las leyes del Congreso o veto.* Don Sebastián Lerdo de Tejada, Ministro de Relaciones Exteriores y de Gobernación del Presidente de la República y exgobernador de Oaxaca, Benito Juárez, explica la virtud del veto como potestad legislativa del Ejecutivo de manera insuperable: “En todos los países donde hay sistema representativo, se estima como muy esencial para la buena formación de las leyes, algún concurso del poder ejecutivo, que puede tener datos y conocer hechos que no conozca el legislativo”.

En el procedimiento legislativo el voto del gobernador vale 2/3 partes del total de los miembros del congreso del estado, lo que le otorga un peso muy importante al negociar la aprobación de las leyes con su propio partido político, pero sobre todo con los partidos de oposición con representación en el congreso. Esta es una válvula que permite operar al sistema presidencial en el contexto del fenómeno del “gobierno dividido”. Cabe señalar que el veto no se concibió en su origen como un instrumento de dirección política del gobernador, sino como un control político de constitucionalidad, sin embargo en el sistema presidencial estatal mexicano —como en el estadounidense— ha terminado por integrarse como uno más de los instrumentos de liderazgo del Ejecutivo sobre el Congreso³¹.

D.- *La potestad de nombramiento de su consejo de gobierno o gabinete, y de remoción de sus secretarios de despacho.* La Constitución le otorga al gobernador la potestad de nombrar a sus colaboradores inmediatos. Este es un instru-

³⁰ Hurst, James Willard. *Dealing with Statutes*. New York, Columbia University Press, 1982; pp. 31-65. Desde una óptica interdisciplinaria véase True, James; Jones, Bryan y Baumgartner, Frank. “Punctuated Equilibrium Theory: Explaining Stability and Change in Public Policy Making”; en Paul A. Sabatier (ed) *Theories of the Policy Process*. Boulder, Westview Press, 2007; pp. 155 y ss.

³¹ Eskridge, et. al., *Legislation and Statutory Interpretation*, op. cit., pp. 210-217.

mento muy potente de dirección política del gobernador, pues mediante el ejercicio del mismo el jefe del Poder Ejecutivo selecciona a los miembros de su consejo de gobierno o gabinete por afinidad ideológica. El gabinete está conformado por los mandos superiores de las diversas unidades de la administración pública donde cada secretario de despacho cumple dos funciones: es consejero del gobernador y a la vez ejecutor de la política pública de su unidad administrativa³².

Es de señalar que como miembros de consejo de gobierno los integrantes del gabinete son seleccionados por su conocimiento de la materia que se les encomienda, pero también por su afinidad ideológica con la declaración de principios del partido en el gobierno. Ello no quiere decir que necesariamente deban ser miembros de un partido político, pero sí que por coherencia con la responsabilidad de dirección política que recae en el gobernador, deban simpatizar todos ellos en mayor o menor medida con la misma filosofía política. Los miembros del gabinete están sujetos a la Constitución y a las leyes, pero también deben ser sensibles a las orientaciones ideológicas del partido en el gobierno pues son los encargados de elaborar en conjunto el programa de gobierno del Plan Estatal de Desarrollo, así como el paquete de leyes por el cual aquél toma forma y se ejecuta³³.

Ahora bien, la importancia del gabinete como consejo de gobierno es tal, que las constituciones de las democracias presidenciales establecen la potestad de nombramiento del Ejecutivo sujeta a la ratificación del congreso, al efecto de que se constaten las prendas profesionales y de solvencia moral del funcionario público propuesto por el gobernador para desempeñar tan alta responsabilidad pública. Pero ya que el gobernador es el responsable final tanto de la orientación política -incluida la orientación ideológica del plan de gobierno-, como de la gestión de las leyes, la Constitución le dota de la potestad de remover libremente a los altos funcionarios públicos por no cumplir con las expectativas de excelencia profesional o de orientación ideológica por los cuales fueron llamados a colaborar en el Poder Ejecutivo³⁴.

E. - Potestad metaconstitucional. El liderazgo del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo. Por potestad "metaconstitucional" debemos entender aquella que no está escrita expresamente en la Constitución, sin que ello signifique que sea contraria al Derecho. Una potentísima potestad metaconstitucional del

³² Moreno, Daniel. *Derecho Constitucional Mexicano* (7^a. ed.) México, Editorial Pax, 1983; p. 421.

³³ Martínez Báez, Antonio. "El Ejecutivo y su gabinete"; *Revista de la Facultad de Derecho*. México, UNAM, abril-junio de 1952; pp. 55 y ss.

³⁴ Valadés, *El gobierno de gabinete, op. cit.*, p. 62.

governador es la que le convierte en líder de facto del partido político en el gobierno. El liderazgo del partido en el gobierno le permite a su vez influir en las decisiones públicas de aquellos miembros de su partido que conforman el Poder Legislativo del estado.³⁵

La dirección política del gobernador exige no sólo colaboración sino –más aún- liderazgo sobre el congreso. Pero el liderazgo político no es una potestad jurídica establecida en la Constitución Estatal, sino una cualidad que tiene que tener el gobernador para persuadir a los miembros de su partido político y de otros partidos políticos con representación en el congreso de apoyar las leyes y presupuestos para poder impulsar su “programa de gobierno”.³⁶

Es de destacar que la capacidad de liderazgo del gobernador sobre los diputados miembros de su partido político en el Congreso del Estado es cualitativamente diferente a la que el jefe del Poder Ejecutivo puede llegar a ejercer sobre los miembros de partidos políticos diferentes al suyo a los que sólo puede convencer por la razón objetiva de cada medida pública que se propone. El gobernador no tiene ningún poder jurídico para imponerse sobre los legisladores ni de su partido ni de otros partidos políticos, pero sí existe una razón expresamente establecida en la Constitución Estatal por la cual se explica y justifica el liderazgo del gobernador sobre los diputados locales que militan en su partido político, es decir, en el partido político en el gobierno. Ello tiene que ver con los principios de ideología del partido político ganador de las elecciones populares que postuló al cargo tanto al gobernador como a los diputados locales del mismo partido político. En un conjunto diacrónico de sucesos la ideología del partido –sus “principios ideológicos”- se presentan como una oferta articulada de acciones de gobierno a los ciudadanos el día de las elecciones. La oferta ideológica de los candidatos a cargos de elección popular –gobernador y diputados locales- legalmente se denomina “plataforma electoral”, y termina en convertirse en el “programa de gobierno” del “Plan Estatal de Desarrollo”.

El liderazgo del partido en el gobierno del gobernador tiene su fuente en el conjunto de reglas electorales que le permiten ser factor decisivo en la conformación de las listas de candidatos a los cargos de elección popular de su partido en los ayuntamientos, en el congreso del estado, y en su

³⁵ Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, op. cit., pp. 190-199.

³⁶ Wilson, Woodrow. *El Gobierno Constitucional en los Estados Unidos* (traducción de Federico González Garza). México, Editorial Cultura, 1922; pp. 55-79. También Neustadt, Richard. *Presidential Power and the Modern Presidents*. New York, Macmillan, 1990; p. 29-49. También Maltese, John y; Pika, Joseph. *The Politics of the Presidency* (7ª. Ed.). Washington, CQ Press, 2010; pp. 221-224.

propia sucesión en el cargo de jefe del Poder Ejecutivo del estado; también con respecto a las listas de candidatos a los cargos de elección popular de su partido en las dos cámaras del Congreso de la Unión. Es de esta manera que el gobernador se convierte en un administrador de expectativas políticas de la clase gobernante del estado que milita en su partido político, pues puede llegar a influir en la fortuna o fracaso de las aspiraciones políticas de un individuo ³⁷.

F- Potestad metaconstitucional. El liderazgo del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo mediante pactos formales de coalición. El gobernador del estado puede liderar el congreso con otros partidos políticos en adición al suyo que cuentan con representación en el Poder Legislativo, a través de un pacto formal -de cara a la ciudadanía y con duración para toda la legislatura- en el que las distintas fuerzas se comprometen a elaborar e impulsar un programa de gobierno compartido.³⁸

3. Ejecución de la ley

La Constitución Estatal le encomienda al gobernador “proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de las leyes”³⁹. Esto significa que el gobernador debe procurar que las leyes se apliquen o gestionen según el objetivo que cada una de ellas se ha fijado. Pero debe hacerlo respetando él mismo el orden legal, sujeto a la ley específica que aplica -por ejemplo, al aplicar la ley estatal de salud pública debe sujetarse además a la ley de procedimientos administrativos que actúa como un protocolo que imprime seguridad jurídica sobre la forma en que se elaboran y aprueban los reglamentos y los actos emitidos por los funcionarios de las administraciones públicas. También es deber del gobernador procurar ejecutar las leyes y políticas públicas con el mayor ahorro posible de recursos, y en el menor tiempo posible -pues a ello le obliga la lealtad a los intereses públicos que expresa en la protesta constitucional de su investidura, así como el “principio de progresividad” de los derechos humanos- lo que exige la autoevaluación constante de la gestión pública.

³⁷ Nohlen, “Sistema de Gobierno, Sistema Electoral y Sistema de Partidos”; en *Ciencia Política Comparada*, op. cit., pp. 108-120.

³⁸ Valadés, Diego. “El Sistema Presidencial de Coalición”, conferencia dictada en El Colegio Nacional. Ciudad de México, 20 de agosto de 2013.

³⁹ Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano* (21ª. Ed). México, Porrúa, 1985; p. 461.

Para llevar a cabo la función de ejecutar las leyes aprobadas por el congreso, el gobernador cuenta con las siguientes potestades jurídicas:

1. Potestad para emitir reglamentos.
2. Potestad para efectuar actos administrativos.
3. Potestad para iniciar y aplicar el derecho sancionador administrativo.
4. Potestad para iniciar ante el Poder Judicial la aplicación del derecho penal.

Para asegurarse, como responsable que es, que sus colaboradores ejecutan las leyes respetando ellos mismos las leyes y además con diligencia republicana que le permita cumplir con la obligación constitucional al principio de progresividad de los derechos humanos, el gobernador supervisa la actuación de sus subordinados y cuenta con un control intraorgánico y potestades jurídicas específicas que le permite rectificar en caso de que las leyes no se estén ejecutando legal y lealmente. Dichas potestades jurídicas son:

A. Potestad para revocar actos administrativos de funcionarios inferiores, que sirve como control de legalidad.

B. Potestad para remover los mandos superiores del Poder Ejecutivo, que sirve como control político sobre la gestión del programa de gobierno e inteligencia de las políticas públicas que lo componen.

A. Potestad jurídica para emitir reglamentos

El reglamento puede definirse como la prescripción formal emitida por el jefe del Poder Ejecutivo de aplicación particular o general, y de efecto futuro, diseñada para implementar, interpretar o prescribir las leyes o políticas públicas. El gobernador no puede emitir este tipo de normas y afectar derechos humanos sin tener sustento en una ley aprobada por el congreso del estado. El reglamento requiere para su validez la firma del jefe del Poder Ejecutivo, y el refrendo del secretario de despacho responsable⁴⁰, además de otros requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos.

B. Potestad jurídica para efectuar actos administrativos

Los actos administrativos son actos por medio de los cuales se aplican las leyes y reglamentos. Los actos administrativos pueden ser reglados o discrecionales. Los actos reglados se refieren a aquellas situaciones donde

⁴⁰ Fraga, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 104.

la ley establece un supuesto de hecho que, al cumplirse, el Poder Ejecutivo debe actuar.

Los actos discrecionales difieren de los reglados en cuanto a que el administrador público puede y debe ejercer su criterio para determinar la ejecución de un acto y la forma en que habrá de hacerse. La discrecionalidad es absolutamente necesaria para la conducción de los asuntos públicos, pero discrecionalidad no significa arbitrariedad. Los actos administrativos deben ser legales, y deben además ser ejecutados con sensibilidad y sensatez o sentido común, y con diligencia republicana. En un Estado de derecho ambas cuestiones son objeto de control.

C. Potestad jurídica para aplicar el derecho sancionador administrativo

En ocasiones, el gobernador debe hacer cumplir las leyes ejerciendo medidas de coerción sobre los gobernados a través de sanciones administrativas. El gobernador y por delegación de éste los secretarios de despacho pueden imponer el derecho sancionador administrativo.

Por derecho sancionador administrativo entendemos el poder de coacción de la administración para imponer sanciones que actúan como cargas para que el individuo cumpla con la ley estatal. Entre ellas se cuentan el apercibimiento o notificación, la suspensión de la actividad; la revocación de la licencia cuando ésta sea renovable y las multas.⁴¹

Aunque pueden llegar a perseguir el mismo fin —el cumplimiento forzado de las leyes por parte de los gobernados— el derecho sancionatorio administrativo, como explica con claridad el profesor Eduardo García de Enterría, es diferente al derecho penal. En primer término porque la orden proviene de una autoridad administrativa y no de una judicial, y por la importancia de la sanción, que en materia administrativa sólo como auténticas excepciones puede comprender la privación de la libertad.

D. Potestad para iniciar ante el Poder Judicial la aplicación del derecho penal

En ocasiones, el último recurso del Poder Ejecutivo para hacer cumplir las leyes aprobadas por el congreso, es mediante la exigencia de responsabilidades de tipo penal sobre los gobernados —sanciones que pueden traer consigo la privación de la libertad. Pero esta medida sólo puede intentarse

⁴¹ García De Enterría, Eduardo y; Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II (6a. Ed.). Madrid, Civitas, 1999; pp. 159-201.

cuando el código penal configura un tipo penal que se ajusta exactamente al hecho. Un ejemplo puede ser el de la legislación fiscal que establece impuestos locales. La ley asume que los contribuyentes pagarán voluntariamente sus impuestos. Si esto no ocurre se pueden imponer sanciones administrativas, tales como multas —que no es otra cosa que la aplicación del derecho administrativo sancionador. Pero en caso de que ni con las medidas disuasorias del derecho administrativo sancionador el contribuyente acude a cumplir con sus obligaciones, se le pueden fincar responsabilidades penales por evasión fiscal⁴² —que es la apropiación de fondos públicos por omisión de la obligación fiscal.⁴³

Privar a una persona de su libertad es el poder más formidable del Estado. En el sistema constitucional mexicano se deposita el poder de acusar y conducir el procedimiento de acusación en el titular del Poder Ejecutivo, quien lo ejerce por conducto del ministerio público.

E. Potestad para revocar actos administrativos de funcionarios inferiores

— *La ejecución legal de las leyes. Supervisión y control intraorgánico de la ejecución de las leyes.*

El gobernador protesta guardar la Constitución estatal y ejercer el poder ejecutivo legal y lealmente. Legalmente significa con sujeción a las leyes. Para cumplir con la exacta aplicación de las leyes a que está constitucionalmente obligado, el gobernador debe controlar permanente y sistemáticamente la legalidad de los actos que se ejecutan en nombre del Poder Ejecutivo. El control de legalidad se lleva a cabo dentro del propio Poder Ejecutivo —por ello su identificación como control “intraorgánico”—, y opera a través de los “recursos administrativos” que prevé la ley de procedimiento administrativo y las leyes sustantivas. El recurso administrativo consiste en que el gobernado bien sea por un interés directo o por un interés legítimo cuestiona la legalidad de una medida y solicita formalmente su reconsideración por el funcionario responsable; si éste confirma el acto, el gobernado puede recurrir al superior jerárquico quien tiene potestad para anular y rectificar el acto administrativo del inferior.

El principio de jerarquía que opera dentro del Poder Ejecutivo permite que el superior supervise lo que hace el inferior. Así, el gobernador super-

⁴² Ídem, pp. 179-182.

⁴³ Fix Zamudio, Héctor: “El Ejecutivo federal y el Poder Judicial”; en (VVAA) *El sistema presidencial mexicano*. México, UNAM, 1988; pp. 302-318.

visa las acciones y omisiones de sus colaboradores inmediatos, quienes a su vez supervisan lo que hacen sus subalternos.

F. Potestad para remover a los altos funcionarios del Poder Ejecutivo

— *La ejecución leal de las leyes. Supervisión y control intraorgánico de la ejecución de las leyes.*

El gobernador protesta guardar la Constitución estatal y ejercer el poder ejecutivo legal y *lealmente*. “Lealmente” tiene un significado complementario, pero diferente a “legalmente”. Lealmente significa ejercer el poder orientado por la buena fe y el interés común, esto es, ejercer el poder sin desviación de su único fin lícito que es el interés general de la comunidad política estatal, no por intereses privados o de facción política. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, dice de la lealtad: “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”. Esto incluye que las leyes se ejecuten con el menor gasto posible de recursos públicos y sin dilaciones, en suma: con diligencia republicana. La ética republicana de los servidores públicos indica que los servidores públicos deben en todo momento servirse de guía por los intereses generales de la comunidad al ejercer el poder público y cuidar los recursos públicos.

Para cumplir con ello el gobernador debe evaluar permanentemente los resultados de la gestión de las leyes en cada ámbito de actividad del gobierno. Es un control de desempeño. El objetivo es evaluar integralmente la idoneidad de la política pública encaminada a cumplir con el propósito expreso de la ley al efecto de su eventual rectificación o mejora. En este orden de ideas, y considerando que el gobernador tiene que ejecutar o gestionar un número muy importante de leyes, debe necesariamente delegar responsabilidades para ejecutar, supervisar y evaluar la implementación de las políticas públicas en sus mandos superiores. Si éstos no funcionan adecuadamente, los debe remover de sus cargos.

4. Implementación de mandamientos a los estados de la Constitución Federal y de Tratados Internacionales

El gobernador debe hacer cumplir en su estado federado los mandamientos de la Constitución Federal y de tratados internacionales.

Por disposición de la Constitución Federal los estados deben obligatoriamente articular sus competencias legislativas y ejecutivas con los poderes federales para el ejercicio de competencias concurrentes —como en la materia de salud, o del ordenamiento territorial. El gobernador, que se ha obligado a cumplir y hacer cumplir la Constitución Federal, debe velar mediante las potestades jurídicas que tiene a su disposición que los mandamientos de ésta se cumplan.⁴⁴

En adición, e igualmente por disposición expresa de la Constitución Federal, los poderes públicos de las entidades federativas forman parte de un Estado Nacional Mexicano indivisible en las relaciones internacionales, y por ello se encuentran obligados a cumplir a través de sus competencias reservadas los compromisos internacionales asumidos formalmente por los Estados Unidos Mexicanos a través de Tratados Internacionales, especialmente los concernientes con los derechos humanos.⁴⁵

IV. CONTROLES INTRAORGÁNICOS E INTERORGÁNICOS DEL PODER EJECUTIVO EN EL SISTEMA PRESIDENCIAL ESTATAL

El control sobre la forma en que un funcionario ejerce el poder es un potente e ineludible incentivo sobre su conducta pública⁴⁶. Con ello en mente se concibió a la Constitución como un dispositivo de control del poder mediante el diseño de controles intraorgánicos e interorgánicos para inducir el comportamiento de los funcionarios al ejercicio legal y racional del poder público⁴⁷.

Como apunta Diego Valadés quien se ha ocupado de reelaborar y aplicar en México la teoría del control del poder de Karl Loewenstein, el control político de la Constitución Estatal que se ha descrito más arriba al explicar la división de poderes es interorgánico, pero también es intraorgánico. Es interorgánico porque es un control entre diferentes órganos del Estado —entre los tres poderes clásicos—, por lo cual también se le denomina control “horizontal” del poder ya que los tres poderes se encuentran alineados en la misma dignidad constitucional de órganos superiores del Estado. Por su

⁴⁴ Serna de la Garza, José María. *El sistema federal mexicano*. México, IJUNAM, 2008; pp. 99-184.

⁴⁵ Ídem, pp. 363-422.

⁴⁶ Dahl, Robert. “Power as the Control of Behaviour”; en Steven Lukes (ed.) *Power*. Oxford, Blackwell, 1992; p. 38.

⁴⁷ Loewenstein, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Chicago, Chicago University Press, 1957; pp. 123 y ss.

parte el control intraorgánico se produce al interior de cada uno de los órganos del Estado o poderes públicos.⁴⁸

En adición a esta identificación de controles, Diego Valadés elabora sobre el objeto del control en el ejercicio del poder en atención a las funciones que se le asignan al Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho de nuestros días, y planta la simiente de un paradigma para su estudio: el “derecho procedimental político”. Para entender la posición de Diego Valadés es conveniente considerar que en el Estado liberal burgués la única preocupación de la doctrina era la concepción del control o defensa de la Constitución contra violaciones –lo que llevó al desarrollo del derecho procesal jurisdiccional con especialización en sus diferentes materias: constitucional, civil, penal, administrativo⁴⁹. La atención que se le dio al proceso político y choque entre poderes también se enfocó sobre todo como técnica de contención del ejercicio autoritario del poder –como procedimiento de anulación de actos. Sin embargo el cumplimiento de los derechos de segunda y tercera generación no encuentran plena satisfacción mediante instrumentos procesales de defensa negativa, sino –nos dice Diego Valadés– por instrumentos procesales políticos generadores de acciones positivas, racionalmente concebidas y diligentemente ejecutadas. En este contexto no sólo es importante la concepción inteligente de acciones y su gestión, sino su control por el rendimiento de las acciones, por sus resultados sociales, mensurables. En esta tarea para Diego Valadés el gabinete y el congreso se constituyen como los órganos más importantes de control –el primero intraorgánico y el segundo interorgánico⁵⁰.

1. *Control intraorgánico del Poder Ejecutivo*

El control intraorgánico es el que se produce al interior del propio Poder Ejecutivo. El control intraorgánico busca garantizar (1) la regularidad constitucional y legal de los actos del Poder Ejecutivo en descargo de la función de “defensa de la Constitución”, por medio de la cual se protegen los

⁴⁸ Valadés, Diego. “El poder de controlar”; en *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, volumen I. México, IJUNAM, 1998; pp. 658-679. También “El control interorgánico entre los poderes Legislativo y Ejecutivo de México”; en (VVAA) *El Sistema Presidencial Mexicano*. México, UNAM, 1998; pp. 245-268.

⁴⁹ Díez Picazo, Luis. “Aplicación del derecho”; en *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho* (3ª. Reimpr.). Barcelona, Ariel, 1999; pp. 220-234.

⁵⁰ Valadés, Diego. *El gobierno de gabinete*. México, IJUNAM, 2003, pp. 27-73; y del mismo autor *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. México, IJUNAM, 2007; pp. 7-21.

derechos humanos y de manera especial los de primera generación; y (2) la buena gestión de las políticas públicas para “implementar la Constitución” que permite cumplir con las exigencias que plantean los derechos de segunda y tercera generación.

*A. El control intraorgánico en defensa de la Constitución y las leyes.
El refrendo y los recursos administrativos*

El “refrendo” es el primer instrumento de control intraorgánico de constitucionalidad y de legalidad del Poder Ejecutivo. El “refrendo” es una institución de derecho público que tiene como finalidad el control constitucional y de legalidad del ejercicio del poder sobre el jefe del Poder Ejecutivo, es decir, sobre el gobernador del estado. Esta es una figura que adoptamos y adaptamos de los sistemas de las monarquías constitucionales moderadas de Europa. El mecanismo era y es hasta el día de hoy de una lógica contundente: en una democracia constitucional de tipo monárquico no se puede remover al Rey por violar la ley o por fallas de gobierno -porque el Rey es vitalicio, inamovible-, pero sí se puede remover a sus Ministros, quienes responden por los actos del Rey. Técnicamente el mecanismo que permite que la responsabilidad se transfiriera de un personaje público inamovible – el Rey- a un funcionario público amovible, era la aposición de la firma del ministro sobre todos los actos del Rey.⁵¹

Con esta misma lógica operaría el refrendo en el sistema presidencial de los estados mexicanos. No se puede remover al gobernador salvo por causas excepcionalmente graves de violencia a la Constitución y leyes estatales o afectación de la confianza pública, pero sí se puede remover inmediatamente a sus secretarios de despacho y funcionarios equivalentes del sector descentralizado. Mediante su firma éstos se hacen responsables políticos por los actos del gobernador, y asumen también la responsabilidad jurídica –que puede llegar a ser penal, civil y administrativa- por los actos del gobernador. La idea es que los secretarios de despacho, cuando el gobernador les requiera que firmen un acto de gobierno, puedan advertir al jefe del Poder Ejecutivo que el acto es contrario a la constitución o a las leyes y sugerir por tanto que dicho acto deba adecuarse al orden constitucional y legal. El secretario debe renunciar a su encargo si el gobernador no obstante haber sido advertido de la inconstitucionalidad o ilegalidad del mismo le exige que lo refrende; de no hacerlo, el secretario estará expuesto a que se le exija res-

⁵¹ Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano, op. cit.*, pp. 253-260.

pensabilidad política por el acto refrendado, lo que puede llegar a implicar incluso la remoción de su encargo público por el congreso mediante una moción de censura.

Pero el refrendo también se proyecta al ámbito de la responsabilidad jurídica, esto es, al ámbito de la responsabilidad penal personal del secretario -que puede conducirlo a prisión- a la responsabilidad civil y a la responsabilidad administrativa. Un acto contrario a las leyes del gobernador que sea refrendado por el secretario de despacho hace directamente responsable a éste último y de manera inmediata. Ello quiere decir que el secretario del despacho tendría que responder ante la justicia ordinaria en el momento en que sea requerido por el juez sin necesidad de que el juez tenga que solicitar al congreso la declaración de procedencia -como sí se tendría que hacer en una acusación penal contra el gobernador.⁵²

Bajo esta lógica se entiende que para que opere el refrendo en cuestiones relacionadas con la materia penal, los secretarios de despacho de los estados no deben gozar del fuero constitucional. De esta manera mediante la figura del refrendo se facilita la investigación y el ejercicio de la acción penal en delitos de corrupción gubernativa y electorales estatales (o federales) de los altos funcionarios públicos pues no debe existir impedimento alguno para iniciar un juicio de naturaleza penal contra un secretario. A partir de un juicio incoado contra un secretario de despacho, en caso de que el gobernador pueda estar directamente involucrado en un delito, no podrá eludir responder ante la justicia al término de su periodo constitucional cuando cesan las prerrogativas que la Constitución Estatal le confiere, o incluso antes si así lo decide el Congreso ante una solicitud de juez penal competente.

Como antes dijimos, el refrendo es un control intraorgánico de constitucionalidad y legalidad sobre el jefe del Poder Ejecutivo. En complemento de éste se establece como parte de dicho control intraorgánico los “recursos administrativos”, que permiten al gobernador controlar la regularidad constitucional y legal de los actos de sus subalternos desde el secretario de despacho hasta el funcionario público de menor jerarquía de cada una de las dependencias del Poder Ejecutivo⁵³. Es de señalar que los recursos administrativos operan de manera atenuada con respecto a la forma de organización administrativa descentralizada, y no son precedentes con respecto a los actos del procurador de justicia y de sus agentes ministeriales.

⁵² Ruiz Massieru, José Francisco. “El refrendo en la evolución constitucional de México: un recuento dogmático”; en *El refrendo y las relaciones entre el Congreso de la Unión y el Poder Ejecutivo*. México, IJJUNAM, 1986; pp. 19-30.

⁵³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, volumen I (2ª. Ed.). Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998; pp. 86 y ss.

El recurso administrativo consiste en que el gobernado bien sea por un interés directo o por un interés legítimo cuestiona la legalidad de una medida de un funcionario del Poder Ejecutivo y solicita formalmente su reconsideración por el funcionario responsable; si éste confirma el acto, el gobernado puede recurrir al superior jerárquico quien tiene potestad para anular y rectificar el acto administrativo del inferior. El principio de jerarquía que opera dentro del Poder Ejecutivo permite que el superior supervise lo que hace el inferior. Así, el gobernador supervisa las acciones y omisiones de cada secretario de despacho (y equivalentes en el sector descentralizado). A su vez los secretarios supervisan lo que hacen los subsecretarios, éstos en turno a los directores generales, éstos a los directores de área, subdirectores, jefes de departamento y analistas.⁵⁴

Ahora bien, y en ello estriba uno de los beneficios del servicio civil de carrera, los funcionarios inferiores igualmente se pueden negar a ejecutar un acto contrario a la Constitución y leyes del estado que les ordene su superior jerárquico, es decir, existe un control de constitucionalidad y legalidad ascendente de los funcionarios del servicio civil de carrera sobre los mandos superiores. En ambos casos –fase de control descendente o ascendente de los recursos administrativos-, de existir diferencias entre los funcionarios, éstas pueden tomar la vía del control interorgánico mediante la intervención del tribunal de lo contencioso administrativo del Poder Judicial del estado.

B. *El control intraorgánico para la implementación de la Constitución y las leyes. El gabinete*

Con sustento en evidencia empírica, la ciencia de la administración señala que las acciones positivas que debe impulsar el jefe del Poder Ejecutivo para implementar la Constitución Estatal deben obedecer a un plan⁵⁵. Este se integra por disposición de la Constitución Estatal en un “Plan Estatal de Desarrollo”, uno de cuyos componentes –vinculante para la administración pública- es el programa de gobierno.⁵⁶

En este orden de ideas, y con sustento en los estudios de Diego Valadés identificamos al gabinete como un control intraorgánico en el Poder Eje-

⁵⁴ García De Enterría, y Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, op. cit., pp. 503-507.

⁵⁵ Sabatier, Paul. “Political Science and Public Policy”; en Matthew Can y Stella Theodoulou (ed.) *Public Policy. The Essential Readings*. Prentice Hall, 1995; pp. 10-15.

⁵⁶ Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz. *Planeación, programación y presupuestación*. México, II-JUNAM, 2003; pp. 59-87.

cutivo, idóneo -como señala dicho autor-, para imbuir de racionalidad y coherencia los actos de autoridad más trascendentes del jefe del Poder Ejecutivo -entre los cuales destaca en primer lugar la concepción del programa de gobierno y su ejecución. Para cumplir con el programa de gobierno el gobernador, con el concurso de su gabinete, debe elaborar el paquete legislativo y de presupuestos de ingresos y egresos.

El control intraorgánico que genera el gabinete se puede construir a partir de la potestad delegada expresamente en la Constitución del estado al gabinete de opinar sobre ciertos actos del gobernador.

Para que el gabinete cumpla con su función adecuadamente, los secretarios de despacho que lo conforman deben ser expertos en su materia -o tener las cualidades para dominar la materia- pues sirven de consejeros al gobernador en la elaboración de las políticas públicas, y los programas de sus respectivas áreas de responsabilidad. Y de manera colegiada construyen el programa de gobierno como acto del gabinete.

2. *Control interorgánico sobre el Poder Ejecutivo*

El control interorgánico es el que se produce entre los tres poderes públicos. El control interorgánico sobre el Poder Ejecutivo a cargo del Poder Judicial y del Poder Legislativo busca garantizar (1) la regularidad constitucional y legal de los actos del Poder Ejecutivo en descargo de la función de “defensa de la Constitución”; y (2) la buena gestión de las políticas públicas para “implementar la Constitución”.

En un sistema democrático el poder público es delegado por el pueblo en los gobernantes, pero sujeto a condiciones, entre las cuales las dos principales es que los gobernantes se sujeten al orden jurídico y que las acciones de gobierno estén orientados por el interés general. Para garantizar la sujeción al principio de supremacía constitucional y de legalidad por parte del Poder Ejecutivo, sea crea un control constitucional y de legalidad frente a los actos y omisiones de los funcionarios del Poder Ejecutivo; y para constatar y en su caso rectificar la gestión de los programas de gobierno a través de los cuales se “implementa la Constitución Estatal” se crea un esquema de rendición de cuentas para que el gobernador y los miembros de su gabinete informen, expliquen y justifiquen sus acciones frente al pueblo a través de los representantes populares y directamente ante los ciudadanos ejerciendo el poder con transparencia y garantizando el derecho de acceso a la información pública y demás derechos políticos a los ciudadanos.

A. *Control jurisdiccional por el Poder Judicial para la defensa de la Constitución y de las leyes.*

El Gobernador debe actuar de conformidad con la Constitución y leyes del estado al ejecutar las leyes de la Legislatura local y por tanto ejercer las potestades jurídicas que tiene conferidas con respeto a los derechos humanos. Para constatar la regularidad constitucional y legal de los actos del Poder Ejecutivo, la Constitución Estatal conforma un control de constitucionalidad de tipo incidental y de legalidad sobre los actos del Poder Ejecutivo en el que participan todos los jueces locales⁵⁷. La Constitución Estatal puede además establecer instrumentos procesales que se sustancian únicamente ante un tribunal del Poder Judicial del estado actuando como tribunal de constitucionalidad —como es el caso para la controversia y la acción de inconstitucionalidad.⁵⁸

Por su parte el control de legalidad se introduce bajo el supuesto de que el gobernador o alguno de los funcionarios del Poder Ejecutivo no se sujeten a una ley al realizar determinado acto administrativo. En este escenario la persona agraviada o quien tenga interés jurídico puede acudir ante el tribunal de lo contencioso administrativo y hacer respetar su derecho⁵⁹. Si el asunto es de materia penal, el control de la legalidad se establece mediante el control de la actuación de los agentes del ministerio público por los juzgados y tribunales en materia penal.

Dichas operaciones de control se identifican en la doctrina como “control de legalidad” —que es la constatación de la regularidad o conformidad de los actos del Poder Ejecutivo con las leyes del estado y, consecuentemente, la anulación de los actos contrarios al orden normativo. El control de legalidad por órgano jurisdiccional es particularmente adecuado para proteger los derechos de primera generación contra actos del Poder Ejecutivo —aun cuando no deja de tener efectos positivos en la promoción de los derechos de segunda y tercera generación pues como dice Tomás R. Fernández “juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor”.⁶⁰

⁵⁷ García De Enterría, y Fernández, *Derecho Administrativo*, volumen I, *op. cit.*, 96-226.

⁵⁸ Astudillo, César. *Ensayo de Justicia Constitucional en Cuatro Ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México, IJUNAM, 2004.

⁵⁹ García de Enterría, y Fernández, *Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, 568-595.

⁶⁰ Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración* (2ª. Ed.). Madrid, Civitas, 1997; p. 132.

B. *Control político por el Congreso y los ciudadanos para la implementación de la Constitución. La rendición de cuentas y la asunción de responsabilidades políticas.*

Todos los derechos fundamentales de la Constitución Estatal, pero de manera especial los derechos sociales y los llamados de tercera generación –como el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente sano, y el derecho a la preservación de los recursos naturales–, dependen para su materialización de la intervención del Poder Ejecutivo mediante la confección de las políticas públicas y la conducción de la administración pública. De ello se deriva de manera lógica que la inteligencia en la confección de las políticas públicas⁶¹, así como la eficacia, eficiencia, economía y honestidad con que la administración pública se conduzca tiene un efecto directo en el goce de los citados derechos de segunda y tercera generación.

Bajo este entendido, las decisiones de gobierno y la gestión de la administración pública mediante las cuales aquellas se llevan a cabo, deben ser permanentemente objeto de supervisión y control. El objetivo primario de la supervisión y control es el de corregir desviaciones de los objetivos que cada política pública se haya fijado así como cumplir con el principio de progresividad de los derechos humanos. Las desviaciones, cuando las hay, pueden ser atribuibles bien a la falta de inteligencia de la política pública, bien a problemas de su gestión administrativa, o a una combinación de éstas⁶². El gobernador está constitucionalmente obligado a rendir cuentas de las decisiones de gobierno y de la gestión de la administración pública, y a asumir la responsabilidad política por ello.

En toda democracia representativa el poder que el pueblo delega en sus gobernantes, se hace con condiciones, siendo una de éstas la rendición de cuentas a los ciudadanos de cómo se ha ejercido el poder público delegado. Bajo este entendido, en la democracia constitucional de tipo presidencial de los estados mexicanos la rendición de cuentas del ejercicio del “poder ejecutivo” es por tanto una obligación constitucional del gobernador del estado. Este (1) debe rendir cuentas de los resultados de su gestión como jefe de gobierno y de la administración pública por las cuatro funciones que se le han encomendado analizadas con anterioridad; y (2) debe rendir cuentas de ello ante los representantes populares y directamente ante el pueblo. Rendir

⁶¹ Galligan, Denis. J. *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*. Oxford, Clarendon, 1990; pp. 142 y ss.

⁶² Dodd, Lawrence y; Schott, Richard. *Congress and the Administrative State*. New York, Macmillan Publishing Company, 1986; pp. 155-211.

cuentas requiere que el gobernador (a) informe, (b) explique y (c) justifique las acciones de gobierno, o sus omisiones, ante los representantes del pueblo y ante la ciudadanía.⁶³

La operación de rendición de cuentas del Poder Ejecutivo ante el congreso se realiza por cada una de las unidades administrativas que componen la administración pública estatal, mediante comparecencias ordinarias o extraordinarias de los secretarios de despacho en las comisiones o en el pleno del congreso del estado durante el año de ejercicio fiscal. Para lograr su objetivo, la rendición de cuentas se debe producir en tiempo real de ejecución de las leyes y presupuestos por programas, al propósito de que en caso de que se estén cometiendo errores de inteligencia de la política pública y de sus programas, o en su ejecución, éstos se rectifiquen oportunamente⁶⁴. Este proceso concluye al final del año con la rendición de cuentas de toda la acción de gobierno a cargo del gobernador en un panorama de conjunto –el “informe anual de gobierno”. En éste el jefe del Poder Ejecutivo rinde cuentas del progreso del “programa de gobierno” del Plan Estatal de Desarrollo, del ejercicio del dinero público, y de los resultados sociales alcanzados.

Hemos dicho ya que el poder de supervisión y control del congreso tiene como propósito la rectificación en el ejercicio del poder ejecutivo para que los intereses generales de los gobernados se sirvan de mejor manera. Los instrumentos de rectificación que el congreso tiene sobre el jefe del Poder Ejecutivo se basa en la potestad constitucional del Poder Legislativo de (1) aprobar el presupuesto⁶⁵; (2) de emitir juicios de reprobación sobre el titular de una unidad de la administración pública,⁶⁶ y (3) de reformar e incluso abrogar la ley existente cuya inteligencia o gestión es objeto de controversia.⁶⁷

Como ha sido observado, la confección del presupuesto del año siguiente le da un enorme poder al congreso sobre el Ejecutivo: si a juicio de una comisión del congreso no se gasta bien el dinero público, con resultados mensurables, el presupuesto de un programa para el año siguiente puede verse comprometido.

Por otra parte la posibilidad de la censura o reprobación de la gestión que en todo momento pende sobre los titulares de las unidades de la admi-

⁶³ Bustos Gisbert, Rafael. *La responsabilidad política del gobierno. ¿Realidad o ficción?*. Madrid, Colex, 2001; pp. 52-61.

⁶⁴ Freeman, Howard; Rossi, Peter, y Lipsey, Mark. *Evaluation. A Systematic Approach*. Thousand Oaks Calif., Sage Publications, 2004; pp. 411-412.

⁶⁵ Fisher, *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*, op. cit., pp. 192-219.

⁶⁶ Valadés, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, op. cit., pp. 65-120.

⁶⁷ Fisher, *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*, op. cit., pp. 84-114.

nistración pública produce en éstos un estado de alerta permanente sobre los asuntos bajo su responsabilidad –lo que beneficia la buena marcha de la gestión pública.⁶⁸ Es de señalar que, por contraste con el sistema parlamentario, en el sistema presidencial el gobernador no puede ser destituido por el Poder Legislativo por mala gestión de gobierno, por negligencia. Sin embargo sí pueden ser destituidos por ello los secretarios de despacho y los directores de la administración pública descentralizada. La censura congresual es por tanto un instrumento de control y rectificación, pero de última ratio en un parlamento responsable con los mejores intereses de los gobernados. La censura congresual sólo debe ser ejercida en casos de grave perjuicio a los intereses generales.

La calificación de mala administración o de gobierno que hace el congreso del estado se obtiene por considerar mal concebida una política pública concreta –por error de diagnóstico, o por falta de idoneidad de medio a fin. En este caso habitualmente resulta recomendable remover al titular de la secretaría correspondiente encargado de aconsejar al gobernador sobre las políticas públicas de su despacho. Pero también la calificación de mala administración o gobierno puede derivar por negligencia o por corrupción del secretario. En ambos casos se promueve la remoción del secretario del despacho –se exige desde el congreso “responsabilidad política” por sus actos- cuya sanción es la separación del cargo. Cuando se trata de casos de corrupción, además de separarlo del cargo, el congreso debe poner a disposición del ministerio público al ex funcionario para que se le exija “responsabilidad jurídica” que puede ser penal, civil y/o administrativa.

La remoción del secretario de despacho a petición del congreso se formaliza primero mediante una “sesión de interpelación”, en la que el congreso cuestiona al secretario y éste tiene el derecho –y la obligación- de responder. Si el funcionario no es capaz de persuadir al congreso, éste puede someter el asunto a votación y si una mayoría de sus miembros así lo decide, se emite una moción de censura –que puede ser vinculante o no para el gobernador, según disponga la Constitución Estatal.

Por último nos resta hacer el comentario al tercer instrumento de persuasión del congreso sobre el Ejecutivo que radica en el poder de legislar: cuando una mayoría en el Congreso se ha persuadido que el problema de una política pública obedece a la poca idoneidad de la política pública, entonces el Poder Legislativo –si los instrumentos anteriores no han

⁶⁸ Bustos Gisbert, *La responsabilidad política del gobierno*, op. cit., pp. 62-71.

servido- puede reformar la ley y aún abrogarla, para obligar al Ejecutivo a actuar como se le indica desde el Poder Legislativo.⁶⁹

Es de advertir que los tres instrumentos de persuasión reseñados operan en el contexto de una democracia de partidos que está sujeta al juego de los números en la integración del congreso. Los diputados del partido en el gobierno suelen apoyar la acción del ejecutivo. Por la expectativa de sus réditos electorales, el control sobre el Ejecutivo de su propio partido lo llevan a cabo a puerta cerrada, sin exposición al público. Por el contrario, son los diputados de los partidos de oposición lo que usualmente se encargan de airear los problemas de gobierno y administración del Poder Ejecutivo ante la ciudadanía —bajo el entendido que con el voto de ésta, pueden vencer y desplazar al partido en el gobierno en la siguiente elección de gobernador y/ o diputados locales. El control congresual y el control de la ciudadanía es complementario, obedece a un gran diseño de la democracia representativa de tipo presidencial. José Gamas Torruco señala “El papel de la oposición es equilibrar al gobierno y proponer soluciones alternas. La oposición, se ha dicho con toda razón, es un <<gobierno alterno>>. Su función se realiza en primer término estructurando un programa político que en conciencia mejore el del gobierno, por representar una mejor alternativa, de lo cual también habrá que convencer al electorado. Además la oposición realiza la vigilancia constante de los actos político administrativos y la crítica de los mismos a través de los mecanismos establecidos, principalmente los debates en el seno de la asamblea legislativa y la difusión de sus puntos de vista por los medios de comunicación”.⁷⁰

La rendición de cuentas del Poder Ejecutivo ante la ciudadanía se hace de cara al pueblo mediante el ejercicio transparente del poder. De esta manera, con conocimiento de causa, el ciudadano ordinario por sí sólo —u orientado por los diputados de oposición al partido en el gobierno, o por los periodistas como formadores de opinión- puedan descargar sus deberes políticos. En este esquema se inscribe el derecho de acceso a la información pública y de libertad de expresión, y en general todos los derechos políticos, que confluyen en el día de las elecciones en el cual el pueblo controla el ejercicio del poder ejecutivo. El gobernador —y los diputados del partido en el gobierno- tratan de refrendar la confianza de la ciudadanía, y la oposición a formar gobierno. Este es el incentivo más poderoso para que el jefe

⁶⁹ Bülow, Erico. “Legislación”; en Benda, Mainhofer, Vogel, Hesse, y Heyde (ed.) *Manual de Derecho Constitucional* (traducción de Antonio López Pina). Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996; p. 731.

⁷⁰ Gamas Torruco, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit., p. 311.

del Poder Ejecutivo respete los derechos humanos de primera generación y promueva los derechos humanos de segunda y tercera generación.

Desde la perspectiva del gran diseño de la democracia representativa, la responsabilidad política sobre el jefe del Poder Ejecutivo se produce a través del proceso político que, partiendo del gobernador, se gesta en círculos de ciudadanos cada vez más amplios y políticamente independientes. El gobernador responde ante su propio sentido de responsabilidad pero ello no constituye una garantía institucional suficientemente vigorosa para los gobernados.⁷¹ Por ello, a partir de allí se forman círculos exteriores a su persona, políticamente cada vez más independientes, desde los cuales se le controla: primero en su gabinete (control intraorgánico), luego el grupo parlamentario de su partido en el congreso (control interorgánico), luego el partido político que lo postuló (control interorgánico), luego el congreso del estado en el que participan de manera protagónica las oposiciones (control interorgánico), y finalmente todos los ciudadanos (control interorgánico).⁷²

⁷¹ Light, Paul. *Monitoring Government. Inspector General and the Search for Accountability*. Washington DC, The Brookings Institution, 1993; pp. 23-35.

⁷² Spiro, Herbert J. *Responsibility in Government. Theory and Practice*. New York, Van Nostrand Reinhold Company, 1969; pp. 141 y ss.

EL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO

Julio CABRERA DIRCIO*

SUMARIO: I. *Democracia*, II. *La representación*. III. *Democracia en América Latina*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. DEMOCRACIA

Las raíces griegas “Kratos” (mando, fuerza, poder) y “arjo” (mando, gobierno) han permitido componer voces como democracia, aristocracia, donde podemos ver que al tratar de darles un significado el primero sería darle el poder a un ente colectivo llamado pueblo y el segundo a un grupo de nobles que se encargarían de representar al poder.¹

La democracia, es uno de los conceptos fundamentales de la forma de gobierno del estado mexicano, es un término multívoco y de enorme contenido ideológico. Sartori manifiesta: “hay que darse cuenta que cuando denominamos democracia a un sistema político libre, empleamos ese término para ser breves y que las abreviaciones dan lugar a simplificaciones amenazadoras y a omisiones.

De la abreviación como una medida cómoda, la abreviación como la eliminación de veinticinco siglos de ensayo, correcciones e innovaciones no hay más que un paso”.² En consecuencia es conveniente precisar la idea y el contenido del concepto de democracia en el contexto histórico y doctrinario para conformar una perspectiva de su aplicación y funcionalidad en el sistema político del estado mexicano.

* Profesor e Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

¹ Valadés, Diego, *El control del poder*, Argentina, UNAM, EDIAR, Argentina, 2005, p. 33.

² Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia 2*, Los problemas Clásicos, México, 2ª Reimpresión Ed., Alianza Universidad, 1991, pp. 364- 365.

En el contexto histórico “el terminó *demokratia* fue acuñado hace unos cuatrocientos años”.³ Ahora bien, el proveer antecedente de la democracia en una polémica señalada por Herodoto en sus historias.

La naturaleza de la democracia se establece de manera implícita por su concepto que significa literalmente “poder del Pueblo”, su nombre más antiguo “Isonomía” que comúnmente se traduce como “igualdad ante la ley”, es decir igualdad entre los miembros de un país.

Al respecto Bobbio comenta que:

Las tipologías de la forma de gobierno, pueden a partir de una discusión señalada por Heródoto en sus historias, en tres personajes persas Otanes, Megabyzo y Darío, sobre la mejor forma de gobierno que deberían ser instauradas en Persia después de la muerte de Cambises.⁴

En este debate cada personaje defendió una forma de gobierno y Otanes fue simpatizante del gobierno democrático de isonomía y sostuvo:

En cambio el gobierno del pueblo llevan en primer lugar el más bello de los nombres, isonomía (igualdad de derecho políticos); y en segundo lugar, nada hace de aquellas cosas que un monarca hace. Pues por sorteo se ejercen los cargos públicos, los magistrados son obligados a rendir cuentas del ejercicio del poder, toda decisión es sometida al voto popular. Propongo pues, que nosotros rechacemos la monarquía para dar el poder al pueblo, pues todo es posible para el mayor número. Esta fue de Otanes.⁵

Ampliando la expresión isonomía Sartori, refiere:

Obsérvese que el griego isonomía implicada parcialmente el de isopoliteia (igual ciudadanía), y que de isopolities era el ciudadano en tanto en cuanto se diferenciaba y se oponía al esclavo. La isonomía, en ese contexto, confería más que ninguna otra cosa matiz diferenciador a la noción de ciudadanía.⁶

Así pues, Otanes señala una forma de gobierno popular, que no llaman democracia, se refiere a la isonomía que implicaba el sentido de igualdad ciudadana. Consecuentemente, señala como característica de esta forma de

³ Ídem., p. 343.

⁴ Bobbio, Norberto, *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*, FCE. quinta reimpresión, México, 1996, p. 15.

⁵ Ídem, p.16.

⁶ Sartori, Giovanni, *Teoría de la Democracia*, *op. cit.*, p.417.

gobierno, que los cargos públicos se ejercen por sorteo; que los magistrados son obligados a rendir cuentas del ejercicio de sus funciones; y toda decisión es sometida al voto popular; en consecuencia, se concluye que configura los elementos que conforman la democracia.

Siguiendo con el orden histórico, Platón aduce sobre la democracia, al analizar las formas de gobierno y dice:

¿No es para nosotros la monarquía una de las formas de poder político? – si- y creo que después de la monarquía se podría colocar el dominio de pocos - ¿cómo no? ¿no es quizá la tercera forma de constitución el poder de la multitud, y no fue llamado con el nombre de democracia.⁷

Así pues, la aportación de Platón, identifica a la democracia como el gobierno o el poder de la multitud. Esta idea de la democracia constituye un precedente para la teoría clásica a la forma de gobierno de elaboraba Aristóteles, que clasifica a las formas de gobierno de acuerdo al número de gobernantes y desde el punto de vista axiológico, que es decisivo para su valoración y distinción.

Ahora bien, en cuanto a la democracia Aristóteles, señala:

Ya que constitución y gobierno significa lo mismo el órgano de gobierno es el poder soberano de la ciudad, es necesario que el poder soberano sea ejercido, por una persona o unos pocos o la mayoría. Cuando el uno, pocos o la mayoría ejerce el poder en vista del interés general, entonces forzosamente esas constituciones serán rectas, mientras que serán desviaciones los que atienden al interés particular de uno, de pocos o de la mayoría. Tenemos la cumbre de llamar monarquía al gobierno unipersonal que atiende al interés general, y aristocracia al gobierno de pocos. Cuando se propone el bien común, cuando es el mayor número que el gobierna atendiendo al interés general recibe el nombre común a todas las constituciones política. Las degeneraciones de las mencionadas formas de gobierno son: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de las aristocracia; y la democracia de la política, la tiranía en efecto es una monarquía orientada hacia el interés del monarca, la oligarquía hacia el de los ricos y la democracia hacia en interés de los pobres. Pero ninguna de ellas atiende a los intereses de la comunidad.⁸

Del fragmento citado, se desprende que el término actual de democracia es identificado como político. El termino democracia, en la época de

⁷ Bobbio, Norberto, *Las Teorías de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*, op. cit., p. 191

⁸ Bobbio, Norberto, *Las Teorías de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*, op. cit., p. 34.

Aristóteles es definido o ubicado, en una forma de gobierno degenerada, en virtud de que se ejerce en beneficio de un sector de la población únicamente, y en cambio la política, es una forma de gobierno recta o justa por que se ejerce en beneficio del interés de todos. De esto, se advierte que el termino democracia se transformó; ahora ha quedado identificado y admitido con las característica de la política, es decir, como una forma de gobierno positiva.

Aunque desde el punto de vista de la persona, Las bases y condiciones de la dignidad humana las podemos palpar en dos principios básicos, “El principio del valor intrínseco” y el principio de “La responsabilidad personal”, el primero se ve reflejado desde el momento en que una persona nace y cómo evoluciona, lo importante es que esa evolución lo lleve al éxito, el éxito o fracaso de la vida humana es algo importante en sí mismo y en ese mismo sentido hay razones para querer o deplorar, el segundo punto de vista sostiene que cada persona tiene una responsabilidad especial en la conducción de su propia vida tomando las mejores decisiones y ninguna persona tiene derecho a dictarle valores personales ni imponerlos sin su consentimiento.⁹ Para Dworkin,¹⁰ estos dos principios definen juntos las bases y condiciones de la dignidad humana, “Principios o dimensiones de la dignidad”, por lo tanto estos principios son individualistas y generan valores y responsabilidades a las personas por separado, para algunos el primer principio se encuentra reflejado en el ideal de la igualdad y el segundo en el ideal de libertad, aunque algunos doctrinarios los ven como ideales antagónicos. De lo antes expuesto, podemos establecer que la democracia es un sistema social de valores donde el individuo, por su sola calidad de persona humana, sin importar su rango, status, cualidades, patrimonio, sexo, raza, etc., puede y debe participar en los asuntos de su comunidad y ejercitar en ellos el poder político que le corresponde.

II. LA REPRESENTACIÓN

Este sistema consiste en que los representantes o gobernantes, no ejercen el poder en nombre propio, si no en una representación del pueblo mexicano y de acuerdo a las funciones que guarda el orden jurídico fundamental positivo. En la doctrina se ha identificado el sistema representativo en diversas formas: Jellinek, en cuanto a la representación escribe:

⁹ Dworkin, Ronald, *La Democracia posible*, España, Ed., Paidós Ibérica, 2008, Pp.24-39.

¹⁰ *Ibidem*.

Se entiende por representación la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad individual de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.¹¹

Como casi todos los términos políticos o sociológicos tienen una connotación equívoca, entre las acepciones ya decantadas se encuentran las que contienen los siguientes significados: como idea de mandato; como idea de representatividad propiamente dicha (parecido o similitud) y como idea de responsabilidad.

La idea de representación lleva implícita una concepción política con relación a la democracia directa o indirecta (representativa). En ella se encuentra la ya antigua polémica de la legitimidad, es decir, la conveniencia o calidad de la representación política. Efectivamente, esta controversia podría resumirse en los dos grandes planteamientos respecto de la representación como categoría histórico-política.

Una democracia en la que debemos trabajar es un orden comprometido con los principios de un estado de derecho que se vea reflejado en la sociedad, pero sobre todo un orden que se fundamente en el respeto a los derechos humanos construyéndola sin menos cabo de la diversidad cultural, generando nuevas estructuras donde la participación ciudadana sea el eje rector de su fortalecimiento y aplicación práctica.¹²

En la actualidad es muy común como la voluntad general la dejan a un lado y por lo tanto esto ha generado una crisis de representación, que va de la mano con una crisis de credibilidad, que da como resultado una crisis de legitimación, pues la mayoría parte en la toma de decisiones respaldando las propuestas del partido político por el que participaron en las elecciones y por el cual llegaron a esa representación, dejando a un lado lo que la sociedad considere que es bueno o malo para ella.

En su obra dice Rousseau que la Soberanía no puede enajenarse jamás pues es el ejercicio de la voluntad general, por lo tanto no es posible la representación se representada por la misma razón de ser inalienable, en ese sentido y partiendo de que la soberanía es la voluntad general y que a ésta no se le puede representar; por lo tanto, esta voluntad nos lleva a generar un “pacto social que establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que

¹¹ Jellinek, citado por González Uribe, Héctor, *Teoría política*, México, Octava ed., Ed., Porrúa, 1992. p. 54

¹² Limbach, Jutta, *Europa y la defensa de los derechos humanos* en, En Guerra, Alfonso, *La calidad de la democracia*, España, Ed., Sistema, 2009, Pp. 461-463.

se comprometen todos bajo las mismas condiciones y, por tanto, que deben gozar todos los mismos derechos”.¹³

Por su parte, Emmanuel Sieyès considera que la representación es la base misma de la organización estatal. Lo que para Rousseau es un mal inevitable para Emmanuel Sieyès es el mejor sistema de gobierno. Dice Sieyès que los ciudadanos le pueden dar su confianza a una parte de entre ellos, y que la representación deviene de la necesidad y utilidad comunes, pues a esa minoría se le ha dado tal *status*, por considerarla más capaz para conocer e interpretar el interés general; de ahí que los ciudadanos que nombran a sus representantes renuncien a hacer por sí mismos la ley, sin que por ello pierdan la influencia y poder que tienen sobre sus mandatarios.

Sieyès argumenta la importancia de la representación, pues afirma que la enorme pluralidad de ciudadanos, no tiene ni suficiente instrucción, ni suficiente ocio que le haga posible ocuparse directamente de las leyes, considerando que no es necesario que el pueblo se gobierne a sí mismo, ya que una gran Nación no puede reunirse completa toda las veces que lo exijan las circunstancias, por lo tanto, se hace menester que ella confíe a sus representantes los poderes necesarios para la ocasión, “De cualquier manera que hayan sido diputados, de cualquier forma que se reúnan y de cualquier forma que deliberen, siempre que no se ignore (y la nación no puede ignorarlo) que obran en virtud de un mandato extraordinario de los pueblos, su voluntad común valdrá tanto como la de la nación misma”.¹⁴

En este mismo sentido para el Dr. Diego Valadés, “El problema actual es que el elegido por la ciudadanía tiende a convertirse en un representante dual: con un mandato representativo del pueblo, y con otro mandato imperativo del partido. El riesgo de convertir a los parlamentos en asambleas de ratificación podría desnaturalizar el sistema representativo y afectar la localización de las funciones del control.”¹⁵

Para Dworkin¹⁶ hay dos concepciones de democracia, según la concepción mayoritaria, la democracia es el gobierno de la voluntad de la mayoría, es decir el gobierno de acuerdo con la voluntad del número mayor de personas expresada en elecciones con sufragio universal o casi universal, aunque nadie garantiza que las decisiones de la mayoría sean justas.

Aunque en cualquier país que se considere democrático se tendrá como objetivo formal respetar y promover los valores de libertad, estado de dere-

¹³ Rousseau, Jean, Jacques, *Contrato Social*, México, Decimo primera reimpresión, Colección austral, 2000, p. 64.

¹⁴ Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, México, UNAM, 1989, pp. 113 y 114.

¹⁵ Valadés, Diego, *El Control del poder, op., cit.*, p. 46.

¹⁶ Dworkin, Ronald, *La Democracia posible*, España, Paidós Ibérica, 2008, pp. 167 y 168.

cho, tolerancia, justicia, solidaridad, etc., generando las condiciones necesarias para la paz, la seguridad y sobretodo el desarrollo sostenible, teniendo como vía para lograrlo el respeto mutuo, salvaguardando sus interés comunes para su mejor aplicación.¹⁷

El problema angular del interactuar en la sociedad se fundamenta en la falta de respeto y esta se da en el derecho privado entre los particulares y cuando hablamos del derecho público, cuando el estado en su actividad de persona moral hace lo mismo, hay un adagio popular que nos dice que en esta vida hay algo que nunca pasa de moda y estos son los buenos modales, y ellos se fundan en el respeto mutuo, respeto que se ha perdido y que ha generado la desconfianza.

La concepción opuesta nos dice que las personas se gobiernan asimismo, cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa.¹⁸

En nuestro país hasta los años sesentas, la sociedad pensaba que la única forma de tener más y mejores servicios públicos era pagando los impuestos y cooperaciones, en este momento podemos palpar que la cultura de no pago es la que más ha permeado en todos los sectores de la población por la desconfianza que se tiene hacia quienes nos representan, no existe credibilidad, poniendo en duda su capacidad de interlocución, para la solución de la conflictiva social.¹⁹

Si el proceso democrático es un medio por el cual un conjunto de ciudadanos puede autogobernarse correctamente, ¿cuáles serían las personas adecuadas para llegar a ese fin? no creemos que en este momento exista una solución teórica satisfactoria y desde el punto de vista material en el mundo actual a lo largo de la historia estas ideas han sido aplicadas en diversos sistemas políticos y no han dado los resultados esperados, los procesos democráticos de alguna manera dependen del modo en que funcionen en la práctica.²⁰

¹⁷ Mangas Martín, Araceli, *Las contribuciones de las organizaciones internacionales a la democratización y gobernabilidad de la sociedad internacional*, En Guerra, Alfonso, *La calidad de la democracia*, España, Ed., Sistema, 2009, pp. 448-451.

¹⁸ Dworkin, Ronald, *La Democracia posible*, *op. cit.*, p.168.

¹⁹ Cabrera Dircio, Julio, *Teoría del Derecho Municipal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009. p. 234.

²⁰ Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, España, ed., Paidós Ibérica, 1992, pp. 144 y 145.

1. *Naturaleza de la representación*

Las instituciones políticas de las democracias liberales, tienen su origen en el seno de las monarquías europeas, donde tendieron a establecer frente al rey una representación, es decir a un sistema de representación, basado en elecciones libres, separación de poderes que garantiza el control del gobierno por el parlamento o congreso, así como cierta jerarquía de normas jurídicas basadas en el principio de la razón pública, como un principio de asociación bajo un régimen jurídica en el que la sociedad política, de hombres libres e iguales, participen en la construcción de las instituciones políticas para la integración de la representación popular y con ello el acceso de los propios ciudadanos al ejercicio del poder público.²¹

Las elecciones constituyen el procedimiento para la designación de los gobernantes; sin embargo, los liberales han desconfiado durante mucho tiempo de la elección, porque concedía un medio de acción considerable a las masas populares. La burguesía, que utilizó las elecciones para quitar el poder a la aristocracia, no quería que aquél le fuese arrebatado de idéntica manera.

Muchas de los modelos en los que se participan las instituciones de la democracia representativa en nuestro país han dejado de ser confiables para nuestra sociedad, la impunidad, la corrupción en las estructuras del gobierno han dejado de ser confiables, las bases en las que descansa el sistema político nacional tiene que modificarse en una línea que permite abrir más oportunidades de acceso a sectores y capas sociales que no han participado de manera directa en estos movimientos.

Las instituciones políticas actuales se fundamentan en el liberalismo y con ello en una en una relación subsidiaria en relación a la exigencia del orden económico liberal, y en ese diseño, las posibilidades de participación política se circunscriben solo a algunos grupos sociales.

Si partimos de que las democracias son sistemas orientados hacia el cambio y la innovación, estos procesos exigen actuar de manera racional pues vamos a encontrar rectificaciones y cambios, buscando proteger las condiciones bajo las cuales se deben llevar a cabo estos procesos, diseñando la existencia de reglas previas que diseñen mecanismos de evaluación y discusión de las reformas políticas, que garanticen la disidencia y la crítica.²²

²¹ Pérez Gándara, Raymundo, “*Los partidos políticos como entidades de interés público*”, México, *Revista Ahor*, Órgano de Difusión del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, Año II, No. 4, mayo-agosto.

²² De Paramo Arguelles, Juan Ramón, *La política como racionalización negociada del autointerés: el mercado competitivo como metáfora de la democracia*, España, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho núm.2-1999, Universidad Castilla la Mancha.

La teoría liberal de la representación y de la elección tiene muchos matices y a veces conduce a restringir el sufragio. En la práctica, el desarrollo de la elección se ha realizado de una manera continua, por la lógica misma de la razón pública.

Este desarrollo de las elecciones ha creado instituciones que desempeñan un papel de mediadores entre los elegidos y los electores (los sistemas políticos). Por otra parte, las diferentes modalidades de los sistemas electorales conducen a dar significado a las opciones de los electores mediante los sistemas de partidos²³.

2. *Antecedentes de la representación*

La corriente de pensamiento político de la representación popular tuvo su origen partir de los siglos XVII y XVIII. En la elección de los gobernantes por los gobernados, se consideró que el elegido representaba al elector; es decir, en un especie de noción jurídica de la representación que se da en el derecho privado (teoría del mandato civil). De lo anterior podemos establecer que quien no acata las instrucciones del mandante y que se encuentran contenidas en el mandato lleva el riesgo de que él le requiera el poder y se lo revoque ante el incumplimiento de sus obligaciones y que incluso ante el mal uso de este instrumento pudiera fincar responsabilidades penales.

Esta idea de derecho privado, va a tener su adecuación propia en la teoría de la representación del derecho público.

Elemento imprescindible del acto jurídico es el acuerdo de voluntades, donde cada una de las partes, manifiesta desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad de las partes para obligarse o no a contratar, partiendo de que la voluntad se puede dar desde el punto de vista expresa o bien tácita, elemento que nosotros encontramos en el derecho público, cuando asistimos a votar en la jornada electoral cuando lo hacemos viendo en la boleta los partidos y candidatos y que de todos ellos solo podemos votar por uno para que sea válido y ahí elegimos a quien queremos que nos represente, de manera libre y secreta.

La convivencia jurídica entre derechos y deberes de los individuos que interactúan y de una sociedad que los contiene y los regula nunca ha sido la misma, el orden social se ve reflejado en una sociedad que coexiste de manera permanente donde los valores de los individuos que se integran a

²³ Cfr. Duverger, Maurice, *op. Cit.* Cap. I.

su esquema social común logran su control, partiendo de que esta dinámica que se encuentra en permanente evolución nos lleva a su adecuación a la realidad imperante.²⁴

III. DEMOCRACIA EN AMERICA LATINA

Un ejemplo claro del grado de desconfianza al aparato burocrático por parte de la sociedad en general, ante la inoperancia del sistema democrático representativo actual, lo podemos ver en las encuestas que han sido publicadas por organismos civiles.

Con la finalidad de tener una visión más amplia de la realidad democrática del país, es importante analizar las estadísticas del informe presentado por el Latinbarometro 2011, cuyo resultado fue el siguiente.

Las democracias latinoamericanas muestran crisis de representación, en primer lugar a través del hiperpresidencialismo, la fiebre reeleccionista y la confianza en las instituciones, así como la atomización del sistema de partidos en tantos países. Honduras, tiene además de los problemas institucionales de la política, una situación económica crítica, donde un 37% de la población declara que la situación económica es mala.

Hay diversas preguntas que se usan como indicadores y como sustitutos empíricos para saber cuan democrático son los países. La pregunta más usada para medir la democracia en los barómetros de opinión ha sido históricamente la pregunta de Juan Linz que contiene tres alternativas: apoyo a la democracia, apoyo al autoritarismo e indiferencia al tipo de régimen.

P. ¿Con cuál de las siguientes frases está Ud. más de acuerdo? La democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno. En algunas circunstancias, un gobierno autoritario puede ser preferible a uno democrático. A la gente como uno, nos da lo mismo un régimen democrático que uno no democrático.

La ventaja que tiene es que permite comparar en una pregunta tres opciones, que diferencian a la población.

En América Latina los resultados han variado entre un mínimo de 48% en el año 2001, cuando la región se ve más afectada por la crisis asiática y un máximo de 63% en el año 1997, un año particularmente positivo de crecimiento. La segunda crisis económica que vive la región después de haber empezado a medir este indicador, permite observar el impacto de “las cri-

²⁴ Cabrera Dircio, Julio, *Estado y Democracia, Un acercamiento a la revocación del mandato*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, p. 52 y 53.

sis” de manera comparada. La hipótesis inicial era que las crisis económicas tenían impacto sobre la adhesión a la democracia, pero que este era limitado, como lo había mostrado el impacto de la crisis asiática.

Los datos del año 2009, ponen esta hipótesis en cuestión, porque no se comprueba ningún tipo de impacto en la adhesión a la democracia como consecuencia de la crisis 2008-2009, o dicho de otra manera, el conjunto de hechos ocurridos en la región en el año 2009, no permiten conocer si hubo un impacto negativo que fue compensado por otros impactos positivos, para dejar un resultado positivo.

Lo cierto es que el apoyo a la democracia supera en el año 2009 lo obtenido en el año 2006 (58%), en el 2010, nuevamente lo supera al llegar al 61%. Aunque en el año 2011 vuelve a caer al 58%.

Juan Ramón de Paramo al hacer una reflexión de la problemática de la democracia nos dice: “Es cierto que las democracias están reclamando desde hace algún tiempo lo que algún autor ha denominado el imperativo de la sustantividad, la necesidad estructural de que toda posición formalista vaya unida, de hecho, a valoraciones sobre el contenido y la naturaleza de la política deseada por quienes abogan por ella. Este imperativo de sustantividad está reclamando nociones como “virtudes cívicas”, “ciudadanía”, “patriotismo cívico”, “lealtad constitucional”, etc. , que no deben producir como resultado tribalismos comunitarios la cara opuesta del liberalismo sino una concepción política que, respetando la autonomía del individuo y el fuero de cada comunidad, promueva la naturaleza esencialmente interactiva de toda vida social. Para ello es necesario que una nueva cultura pública de participación ciudadana retorne a los modos de hacer política equidistante de comunidades identitarias y de mercadeos sin principios.”²⁵

En ese mismo sentido para el Dr. Diego Valadés: “En el constitucionalismo democrático todos los sistemas tienen objeto prever y superar los conflictos, y organizar la vida colectiva. Estos propósitos suponen una alta capacidad de acuerdo, sin la que ninguna estrategia política democrática funciona. Independientemente del sistema de que se trate, la capacidad de celebrar acuerdos que flexibilicen las relaciones de poder es un atributo de la política.”²⁶

Los acuerdos nacen de la negociación y esta parte de la interrelación de los diversos elementos de un proceso complejo, donde quienes participan busca una solución que satisfaga sus intereses, reconociendo sus habilidades y destrezas, sus debilidades y fortalezas, pero sobre todo sus creatividad para

²⁵ De Paramo Arguelles, Juan Ramón. *La política como racionalización*, op., cit.

²⁶ Valadés, Diego, *El Control del poder*, op., cit., p. 53.

proponer opciones viables que llevan a solucionar gran parte de la problemática en la que nos encontramos inmersos en la sociedad.²⁷

Que podemos hacer para que la democracia sea posible, haciendo un análisis reflexivo de las principales corrientes en materia de democracia representativa y algunos de sus principales doctrinarios, me permito hacer las siguientes:

IV. CONCLUSIONES

Educación.- Los cambios educativos deben ser la vía más efectiva y menos rompedora con la tradición, por ejemplo desde la enseñanza media debemos propugnar por cursos donde se planten cuestiones de actualidad de la complejidad práctica, la posición ideológica real de cada partido político, que nos lleve a generar un debate razonable y respetuoso, introducir un curso de política contemporánea, generar la trasmisión de conocimientos.²⁸

Debemos cambiar la forma de elegir a nuestras autoridades, la regulación del financiamiento público de las campañas, la representación, los procedimientos de votación, el financiamiento de canales públicos de transmisión para contar con una cobertura electoral permanente durante los procesos electorales respetando limitaciones de igualdad de tiempo y de equidad en las coberturas.²⁹

Contar con una regulación adecuada de las cadenas privadas y estatales y de las emisoras afiliadas, que generen una publicidad política, propugnando por generar un derecho de réplica donde los partidos políticos puedan defenderse de algunas acciones que sean mal planteadas por sus adversarios electorales buscando que no sean violatorias de las garantías constitucionales y refutar lo que desease, respetando la libertad de expresión buscando impedir que su sentir y convicciones generen un daño particularmente grave, buscando como parte esencial de la persona su personalidad ética y moral de una manera más efectiva mediante el intercambio de información más útil y menos distorsionada.³⁰

O como dice Marion Young, debemos organizarnos de forma que nuestras relaciones entre nuestras acciones lleven a un resultado moralmente bueno, nuestras acciones debemos organizarlas asignando las tareas y res-

²⁷ Cabrera Dircio, Julio, *Estado y Justicia Alternativa, Reforma al Artículo 17 Constitucional*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 161.

²⁸ Dworkin, Ronald, *La Democracia posible*, España, Ed., Paidós Ibérica, 2008, p. 185.

²⁹ *Ibidem*. pp.189 y 190.

³⁰ *Ibidem*, p. 192.

pensabilidades para que consigamos un resultado colectivo diferente garantizando las libertades fundamentales, pensando siempre que la acción del estado deberá ser con un propósito positivo para poder confiar en él y generar cierta confianza, partiendo de que el estado depende en gran medida del apoyo activo de los ciudadanos.³¹

Por lo tanto el voto que le da vida al gobierno representativo podría ser una de las formas más confiables y previsibles donde las personas puedan tomar sus decisiones, si el gobierno opta por establecer políticas públicas de mayor peso para las personas de la tercera edad, eso es por lo que la gente voto, y dado que estas decisiones deben tomarse colectivamente, su costo también debe repartirse de esa manera.³²

Para Todorov, es importante pensar en el cambio democrático desde la evolución de la mentalidad que permita recuperar el sentido del proyecto democrático y equilibrar mejor sus grandes principios: poder del pueblo, fe en el progreso, libertades individuales, economía de mercado, derechos naturales, pero además que estos cambios sean lo más realistas posibles pues podemos palpar los cambios que solicitan grupos de manifestantes, en Grecia o bien los indignados en España que buscan que la realidad se acerque más a lo ideal “Democracia real, ya”.³³

La reflexión es un elemento de suma importancia en la deliberación, pues siempre existirán acuerdos y desacuerdos entre los ciudadanos, y estos pueden ser bien de moral o de intereses y preferencias, en el caso del desacuerdo moral, para John Rawls son importantes las cargas del juicio, pues el modo en que se evalúan la evidencia es ponderando los valores morales y políticos de acuerdo a nuestra experiencia, en este caso de las preferencias y los intereses, son las teorías utilitaristas las que han permitido su diversidad, como en el caso de la elección económica o el de la elección política, dando por hecho que siempre se llega a los acuerdos por medio de la negociación de preferencia de intereses.³⁴

La democracia no debe entenderse como un mecanismo para negociar intereses privados, es un mecanismo que nos lleva a privilegiar el dialogo en la voluntad racional de la formación democrática, y para que realmen-

³¹ Marion Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia*, España, Fundación Paideia Galiza, Ediciones Morata, 2011, pp. 171-173.

³² Fried, Charles, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, España, Kats editores, 2009, pp. 182 y 183.

³³ Todorov, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, España, Ed., Galaxia Gutenberg, 2012, pp. 190-192.

³⁴ Cortina, Adela, *Democracia deliberativa ¿Una propuesta para el siglo XXI?*, En Guerra, Alfonso, *La calidad de la democracia*; España, Ed., Sistema, 2009, pp. 125-127.

te funcione dentro de la misma sociedad es importante establecer redes de lenguaje para la deliberación con la participación, tomando en cuenta que son los intereses económicos de las personas y de los grupos coordinados a través de un proceso democrático los que nos lleven a la resolución.

El ser humano debe aprender a explotar esa gran diferencia de la que contamos en el reino animal, debemos actuar de manera racional pensando siempre en el beneficio propio y de la sociedad y que en el ámbito de las políticas públicas estas sean encaminadas siempre desde el punto de vista práctico en la mejor toma de decisiones en beneficio de toda la población y que esta se vea reflejada en una mejor calidad de vida.

Existen tres condiciones que necesariamente se tiene que implementar para la deliberación y estas son: a.- La reciprocidad, b.- La publicidad y c.- El compromiso de rendir cuentas.

La reciprocidad debe regular el uso de la de la razón pública nos lleva a que cada miembro realice sus propuestas pero también sus justificaciones y que los otros puedan entender y aceptar buscando la participación de los demás miembros. La publicidad nos pide que cada miembro se comprometa libremente a entrar en este proceso personalmente o por medio de un representante, que toda la información llegue a todos los integrantes para que puedan emitir su opinión, y en el tercer supuesto, cada miembro es responsable y debe rendir cuentas a los demás de todas las acciones realizadas.³⁵

Un principio básico para trabajar de manera conjunta autoridad sociedad y tomar decisiones comunes, trabajando de común acuerdo desde el poder es a través de la deliberación pública que nos permite con este procedimiento vincular y justificarse por el pueblo por estar ligada a ellas y que la información pueda ser socializada, confrontada y comparada desde el momento en que se inicia y su posible aplicación.

Es muy común que este principio se vea reflejado en el estado democrático como una forma moderna de la política, y esta es una forma conocida más sensata, razonable y defensora de la dignidad humana que se ve reflejada en los derechos humanos y en sus dos grandes dimensiones una dimensión material que nos sitúa en la perspectiva axiológica, valores, principios y derechos y la dimensión formal que al vincularse se complementan en la constitución estos principios conectan lo político con lo jurídico.³⁶

³⁵ Cortina, Adela, *Democracia deliberativa ¿Una propuesta para el siglo XXI?*, En Guerra, Alfonso, *La calidad de la democracia*, op. cit. p. 129.

³⁶ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Democracia y derechos humanos*, en Guerra, Alfonso, *La calidad de la democracia*, op. cit. pp. 44 y 45.

V. BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 4a., reimpresión, México, FCE, 2007.
- , *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Quinta reimpresión, México, FCE., 1996.
- CABRERA DIRCIO, Julio, *Teoría del Derecho Municipal*, México, Ediciones Coyoacán, México, 2009.
- , *Estado y democracia, Un acercamiento a la revocación del mandato*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- , *Estado y justicia alternativa, Reforma al artículo 17 constitucional*, México, Ediciones Coyoacán, México, 2012.
- DAHL, Robert A., *La democracia y sus críticos*, España, ed., Paidós Ibérica, 1992.
- DE PARAMO ARGUELLES, Juan Ramón. *La política como racionalización negociada del autointerés: el mercado competitivo como metáfora de la democracia*, España, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho núm.2-1999, Universidad Castilla la Mancha.
- DWORKIN, Ronald, *La Democracia posible*, España, Ed., Paidós Ibérica, 2008.
- FRIED, Charles, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, España, Kats editores, 2009.
- GUERRA, Alfonso, *La calidad de la democracia*, España, Ed., Sistema, 2009.
- GONZÁLES URIBE, Héctor: *Teoría política*, Octava ed., México, Ed., Porrúa, 1992.
- MARION YOUNG, Iris, *Responsabilidad por la justicia*, España, Fundación Paideia Galiza, Ediciones Morata, 2011.
- PÉREZ GÁNDARA, Raymundo, “*Los Partidos Políticos como Entidades de Interés Público*”, México, Revista Áhor, Órgano de Difusión del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo, México, Año II, No. 4, mayo-agosto.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Contrato Social*, Decimo primera reimpresión, México, Colección austral, 2000.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia 2, Los problemas Clásicos*, 2ª Reimpresión, México, Ed., Alianza Universidad, 1991.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, México, UNAM, 1989.
- TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, España, Ed., Galaxia Gutenberg, 2012.
- VALADES, Diego, *El Control del Poder*, Argentina, Ed., UNAM, EDIAR, 2005.

LA CONSTITUCIÓN EMERGENTE
(un ensayo de meta-teoría constitucional
desde el constructivismo jurídico)

Enrique CÁCERES NIETO*

A Felipe Lara: “Hub” al que indiscutiblemente se referirá la historia de la complejidad social en México.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problema.* III. *Presupuestos epistemológicos y teóricos;* IV. *Desarrollo: Pluralidad de modelos explicativos de la constitución en la globalización.* V. *Hacia un nuevo concepto de ‘constitución’ en la era de la globalización (ensayo de una conclusión).*

I. INTRODUCCIÓN

La llamada “globalización”, o lo que con mayor precisión han denominado “las globalizaciones múltiples” Berger y Huntington¹, forma(n) parte de las representaciones universales con que concebimos el mundo de nuestra época.

Si bien algunos niegan que la globalización sea un fenómeno contemporáneo (de lo cual da fe el imperio romano o la propagación de las creencias religiosas) lo cierto es que las características que está teniendo este proceso, o la continuación actual de un proceso ancestral, carece de precedentes en la historia. Nunca antes como hoy la comunicación anónima entre particulares facilitada por medios de comunicación electrónicos había posibilitado la integración de redes sociales capaces de desestabilizar regímenes políticos autoritarios y modificar el equilibrio geopolítico; ni la indignación por el maltrato de una joven en el mundo árabe había despertado espontáneas e inmediatas manifestaciones de solidaridad, principalmente por mujeres, en

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Berger, Peter y Huntington, Samuel, *Globalizaciones múltiples*, México, Paidós, 2002.

todas partes del mundo; jamás como hoy se habían revelado las vergonzosas estrategias de servicios de inteligencia de insospechado poder por parte de un puñado de rebeldes cibernéticos. Viendo la cara positiva de la globalización, cada vez más todos somos uno ante los problemas importantes del mundo.

Sin embargo, la globalización también tiene su cara oculta: agazapada en las secretas redes de crimen organizado capaces de desafiar a la comunidad internacional; en la voracidad de empresas trasnacionales que irresponsablemente contribuyen a la desestabilización de los Estados en los que se instalan; en el imparable avance del neoliberalismo económico diseñado y fomentado por organismos trasnacionales, frecuentemente en detrimento de los países menos desarrollados; en guerras preventivas que terminaron con el control de buena parte de las reservas petroleras mundiales en unas cuantas manos; en la paranoia global ante el temor a las reacciones del terrorismo internacional.

La globalización o, las globalizaciones múltiples, no ha(n) pasado desapercibida(s) al ámbito académico y dentro de él al jurídico. Su impacto desestabilizador en estructuras y conceptos tradicionales como el de Estado o soberanía lleva a la necesidad de revisar, si no es que reinventar, las categorías desde las que solemos conceptualizar y concebir al derecho.

Con ecos de materialismo histórico podría decirse que cambios ocurridos a nivel estructural reclaman cambios a nivel superestructural para comprender los que está pasando. Pero, ¿desde qué supuestos epistémicos, teóricos, metodológicos y conceptuales entender esos cambios cuándo los supuestos disponibles fueron generados para comprender una estructura en plena metamorfosis?. La expansión explicativa del paradigma epistémico aún vigente: el positivismo, plantea un nuevo dilema: ¿qué poder de cobertura explicativa puede tener un paradigma epistémico que también está en crisis o, en términos kuhnianos, abandonando el período de ciencia normal cuando se preludia una revolución no sólo científica sino sobre todo epistémica?

II. PROBLEMA

El problema del que me ocuparé en este trabajo consiste en proponer en forma exploratoria un modelo conceptual que permita explicar, comprender y a futuro investigar empíricamente el impacto de la globalización en el concepto de “constitución” y otros aledaños como “constitucionalismo y gobernanza” (y en última instancia el concepto de ‘derecho’ mismo).

Al respecto existen interesantes propuestas de modelos desarrollados por los constitucionalistas contemporáneo que tienen el mérito de haber seleccionado y organizado información relevante a partir de lo que cada uno ha considerado su objeto de explicación, su *explanandum*, y con ello han elaborado artefactos epistémicos de gran utilidad para la comprensión del problema. Sin embargo, en la actualidad dichos modelos se presentan como excluyentes y rivales y cada uno reclama dar cuenta del fenómeno completo.

Mi conjetura inicial es que esta producción teórica ha llegado a un punto de madurez que permite pensar en una teoría general sobre la globalización y el derecho constitucional (como parte de una teoría general del derecho) a la que puedan reconducirse de manera integrada y coherente esos distintos modelos. En ese sentido este trabajo presenta una propuesta a nivel de meta-teoría constitucional.

Una prevención importante: el mundo es más fascinante de lo que nuestra curiosidad intelectual puede abarcar. Parte de lo que he tenido que dejar fuera de mi núcleo de interés es el estudio profundo del derecho constitucional. En ese sentido el presente ensayo puede también considerarse como el producto de la visión ingenua de un filósofo del derecho que incursiona en territorio desconocido. Tal vez ello proporcione una mirada distinta a los constitucionalistas y los lleve a encontrar cosas diferentes y tal vez sugerentes donde ya habían visto previamente.

Por último, pero no por ello menos importante, deseo subrayar que el carácter exploratorio de este trabajo representa un reto a la capacidad explicativa de la concepción alternativa del derecho en la que llevo trabajando ya varios años y a la que he dado en llamar: “constructivismo jurídico”.

III. PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS Y TEÓRICOS

A. *La crisis epistémica*

Junto con Rolando García², sostengo que en la historia ha habido dos grandes derrumbes epistémicos: el primero el de la epistemología especulativa o metafísica y el segundo el del empirismo.

A pesar de ello, el empirismo ingenuo sigue estando extendido en muchas disciplinas, entre las que se encuentra la teoría jurídica en su versión de positivismo jurídico. Su presupuesto central: la existencia de una realidad

² García, Rolando, *La epistemología genética y la ciencia contemporánea. Homenaje a Jean Piaget en su centenario*, España, Gedisa, 1977.

dada, objetiva y ontológicamente independiente de cualquier mente que la piense que en el caso del derecho corresponde al derecho *positum*, o dado en el mismo sentido que las manzanas que caen de los árboles.

Dos conmociones han removido al empirismo desde sus cimientos: la demostración de que la realidad es un constructo cognitivo y el fin del determinismo.

a) *La realidad es un constructo cognitivo*

El ataque al realismo ingenuo queda planteado claramente en las siguientes palabras de von Forester:

‘allí afuera’ no hay luz de color; sólo existen ondas electromagnéticas; tampoco hay sonido ni música, sólo existen fluctuaciones periódicas de la presión del aire; ‘allí afuera’ no hay calor ni frío sólo existen moléculas que se mueven con mayor o menor energía cinética; y, finalmente, ‘allí afuera’ no hay, con toda seguridad, dolor.³

Esto significa que todo lo que creemos saber acerca del mundo “ontológico” es el producto de la forma en que organizamos esa información que está “allí afuera”, a través de los que Rescher ha llamado “sistematización cognoscitiva”.⁴

En el terreno de la ciencia esto equivale a decir que no es verdad que la realidad determine nuestras teorías, sino que es el producto de un equilibrio reflexivo entre lo que percibimos y nuestras teorías el que determina lo que podemos ver como real. Este fenómeno, perfectamente conocido por Kuhn, es la base del concepto de paradigma⁵ en la filosofía de la ciencia.

Dado que estas ideas han sido mal interpretadas y transformadas en un blanco de paja, debo aclarar que el término ‘realidad’ tiene varios sentidos. Entre ellos: 1) lo que se nos manifiesta como real y 2) aquello que organizamos para generar lo asumimos como real conforme a “1)”. Desde luego que cuando se verifica la incidencia de una variable independiente sobre el comportamiento de una dependiente y con base en ello se verifican y predicen exitosamente cambios en el mundo, no significa que dichos cambios hayan

³ Forester, Heinz, “Construyendo la realidad”, *La realidad inventada*, trad., Nélica M. de Machain, Ingeborg S. de Luque y Alfredo Báez, Editor, Watzlawick. Paul et al., Argentina, Geidsa, 1981.

⁴ Rescher, Nicholas, *Cognitive Systematization*, USA, Blackwell, 1979.

⁵ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

sido imaginados psicóticamente por el científico. Sin embargo, de ello no se sigue que la realidad “*per se*” sea como el modelo la representa. De ser así no podríamos explicar la evolución de la ciencia ni el carácter provisional de sus teorías a lo largo de la historia.

b) *El fin del determinismo*

El determinismo se sustentó en dos grandes pilares: Newton y Laplace. Para ellos, el universo estaba gobernado por leyes universales e inmutables que al ser descubiertas permiten predecir con exactitud el comportamiento del universo.

En palabras del propio Laplace: “Todos los sucesos, hasta aquellos que a causa de su insignificancia no parecen seguir las grandes leyes de la naturaleza, son el resultado de ellas tan exacta y necesariamente como las revoluciones del sol”.⁶

En ese mismo sentido afirmó en su *Traité du Mécanique Céleste*, que, si se conociera la velocidad y la posición de todas las partículas del Universo en un instante, se podría predecir su pasado y futuro, ideas que permanecieron vigentes durante mucho tiempo⁷.

No fue sino hasta la década de 1960, que fue firmada el acta de defunción del determinismo.

En 1963, Edward Lorenz estaba trabajando en un sistema de ecuaciones tratando de modelar el comportamiento atmosférico con el objetivo de predecirlo. En ese entonces ya se contaba con computadoras que podían realizar tediosos cálculos y mostrar gráficamente el resultado de sus operaciones.

Con la finalidad de mejorar la gráfica original, Lorenz inventó un refinamiento representacional y dejó correr al sistema mientras salía un momento. Al regresar esperaba encontrar una gráfica que reflejara un comportamiento constante del fenómeno analizado en la corrida que había dejado en marcha. Sin embargo, la gráfica encontrada representaba un comportamiento extraño que se alejaba de sus predicciones. Después de muchas revisiones, al fin comprobó que al buscar un atajo en la corrida había tomado como punto de partida un dato que le había parecido ser insignificante respecto de la corrida anterior. Al reiniciar el experimento había redondea-

⁶ Laplace Pierre Simon, *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, Francia, 1814 p.3.

⁷ _____, *Traité du Mécanique Céleste*, Francia, Duprat, 1779.

do números decimales y en lugar de ingresar a la computadora 0,506127, había ingresado 0,506.

El resultado de la gráfica mostraba algo que chocaba con las ideas deterministas: una pequeñísima modificación en las condiciones iniciales del sistema había generado un comportamiento diferente. La imagen semejante a la de una mariposa es la gráfica de lo que hoy se conoce como el atractor de Lorenz, ícono de la teoría del caos.

Las consecuencias filosóficas del descubrimiento de Lorenz resultaron de una enorme trascendencia. Por un lado derrotaba por contra-ejemplificación la generalización Newton-Laplace, conforma a la cual es posible reproducir con precisión absoluta las condiciones iniciales de cualquier experimento exitoso y replicarlo con exactitud. A esta razón habría que agregar posteriormente la imposibilidad de hacer mediciones absolutamente precisas de los sistemas “reales” por razones físicas pero, además porque ello requeriría el empleo de números irracionales (de los cuales es un ejemplo el número Pi) que se caracterizan por decimales infinitos no periódicos.⁸

En conclusión: ya no era posible sostener con alcance general y universal el presupuesto sobre el que se había fundado la ciencia y la creencia en su capacidad para generar leyes con validez absoluta e intemporal que permitieran determinar con precisión el comportamiento del mundo.

Con esto nacía el concepto de sistema caótico el cual no denota un comportamiento anárquico como se suele creer normalmente, sino a todo sistema que satisfaga la propiedad de “dependencia sensitiva a las condiciones iniciales”, la cual, en sentido estricto, está presente en prácticamente todo sistema⁹ dinámico.

Las consecuencias de este descubrimiento no únicamente fueron relevantes para las ciencias de la naturaleza. En el terreno de las ciencias sociales abrió la puerta para repensar su objeto de estudio sin la histórica obsesión por equipararse al paradigma determinista de las llamadas “ciencias duras”. Paradójicamente y en retrospectiva histórica, resultó que la supuesta diferencia entre los problemas de las ciencias naturales y los sociales era resultado de una simplificación de los primeros.

⁸ Para una demostración gráfica del atractor de Lorenz animada Ver, http://www.youtube.com/watch?v=8z_tSVeFTA. Ahí se podrá observar en colores distintos dos diferentes trayectorias correspondientes a la solución del sistema de ecuaciones, cuyo comportamiento gráfico en coordenadas se puede ver a la derecha de la gráfica del atractor, así como la manera en que ambas trayectorias van divergiendo con el transcurso del tiempo.

⁹ Sobre la historia del atractor de Lorenz puede consultar Ver, Gleick, James, *CAOS. La creación de una ciencia*, trad. Juan Antonio Gutiérrez-Larraya, 2ª Edición, España, Seix Barral, 1994, particularmente el capítulo segundo.

Dicho en otras palabras, la física brindaba la posibilidad de estudiar a los fenómenos sociales sin las restricciones que ella misma había impuesto con el modelo mecanicista. Un acto de liberación epistémica del que el derecho no puede quedar al margen.

B. *Constructivismo jurídico*

Como se ha señalado, los supuestos epistemológicos sobre los que se sustenta la teoría jurídica y nuestras concepciones del derecho: la epistemología especulativa (isnaturalismo) y la empirista (positivismo jurídico) han sido derrumbados. Con ello y al igual que sucede en otras áreas del conocimiento es necesario encontrar un nuevo punto de partida. Denoto con el término ‘constructivismo jurídico’ al enfoque, o *weltanschauung* que sirve de soporte a un programa de investigación cuyo objetivo principal es repensar al derecho desde ese nuevo inicio. Su objetivo es explicar la manera en que el derecho positivo y la teoría jurídica inciden en los procesos de construcción social de la realidad a través de agentes (individuos) e instituciones, mediante una integración de los avances producidos en las ciencias cognitivas y la teoría de los sistemas complejos. A pesar de que en buena medida constituye un enfoque conceptual, eleva sus propuestas a exigencias de naturalización filosófica, es decir, ser una continuación de los resultados obtenidos en la investigación científica. Algunos de los conceptos tanto de las ciencias cognitivas como de las ciencias de la complejidad integrados al constructivismo jurídico requeridos para dar seguimiento al resto de este escrito son expuestos de manera muy simplificada a continuación.

a. *Conceptos de las ciencias cognitivas*

1) Agente: toda entidad que posee propiedades cognitivas. En diferentes escalas puede denotar a individuos, o a sistemas o redes de individuos involucrados en procesos de cognición grupal. Por ejemplo, los procesos de deliberación en los congresos.

2) Cognición corporeizada: tesis que sostiene que la cognición no ocurre únicamente dentro de la fría caja de la bóveda craneal, sino que involucra al organismo completo. Mucho trabajo experimental muestra que mucha de la sistematización cognoscitiva ocurre sin control consciente.

3) Cognición situada: tesis conforme a la cual la cognición corporeizada de los agentes se genera, opera y se adapta en función de su interacción con el entorno.

4) Modelo mental: término usado por primera vez por Kenneth Craik en 1943.¹⁰

Denota a las representaciones mentales generadas a partir de procesamiento cognitivo de información sobre lo que es al caso en el mundo real, o mundos posibles. En términos wittgenteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. En términos wittgenteinianos existen tantos tipos de modelos mentales como juegos del lenguaje. Por ejemplo, nuestra representación del *big bang*, de la catedral de *Notre Dame*, de *Howards*, o del estado de cosas que correspondería a la realidad social si se introdujeran ciertas reformas a la constitución.

En el ámbito jurídico son modelos mentales tanto las teorías filosófico jurídicas, como las dogmáticas. A nivel de la pragmática los modelos mentales de los operadores jurídicos son adecuadamente representados en una red neuronal multicapa: 1) una que opera como matriz básica corresponde al pensamiento común (teorías implícitas, sentido común, representaciones sociales espurias, etc); 2) una capa para la narrativa de los casos jurídicos; 3) una capa para los constructos normativos; 4) una capa para las teorías dogmáticas y 5) una capa para la teoría del derecho.

En términos de procesos cognitivos básicos superiores los modelos mentales jurídicos son representaciones mentales que emergen en la memoria de trabajo y son generados a partir de las reglas de procesamiento de la información propios de la profesión jurídica. Por ejemplo, los métodos de interpretación normativa¹¹.

5) Insumo cognitivo: información empleada para el procesamiento cognitivo, generalmente proveniente del “exterior” del agente. Por ejemplo, el valor de una variable, un contra-argumento.

6) Artefacto cultural: modelo mental surgido en un contexto cultural determinado, con cierta utilidad para la forma de vida de la comunidad. Por ejemplo, el lenguaje que es útil para la comunicación o las normas jurídicas para la convivencia social.

7) Artefacto epistémico: clase de modelo cultural útil para conocer algún aspecto del mundo. Por ejemplo una ecuación, un mapa o un diagrama.

¹⁰ Kenneth Craik, *The Nature of Explanation*, Cambridge University Press, 1943.

¹¹ Cáceres, Enrique., “Steps towards a Constructivist and Coherentist Theory of Judicial Reasoning in Civil Law Tradition” *Law and Neuroscience*, Ed. Freeman, Michael, Inglaterra, Oxford University Press, 2010.

b. *Conceptos de la ciencias de la complejidad: sistemas y redes complejas*

1) Sistema complejo: sistema dinámico y evolutivo, entre cuyas propiedades se encuentran:

A. Autoorganizatividad: significa que la estructura y dinámica del sistema surge de la interacción natural de los elementos del sistema y no por virtud de un elemento de control central. Por ejemplo, la organización social de las colonias de hormigas.

B. Emergencia: consiste en el surgimiento de un sistema S2 a partir de un sistema S1, con propiedades en S2 que no pueden rastrearse en S1. Por ejemplo, la inteligencia colectiva surgida de la autoorganizatividad de una colonia de hormigas, o la desaparición de la toxicidad del cloruro y el sodio en la sal, cuando cada uno de ellos es tóxico si se les considera por separado.

C. Subemergencia: dinámica de un sistema complejo durante el proceso de autoorganización previo a una emergencia.

D. Espacio de fases: dimensión dentro de la cual pueden tener lugar el conjunto de estados posibles de un sistema.

E. Transición de espacio de fases: paso de un espacio de fase F1 a un espacio de fase F2, generalmente producto de una emergencia.

F. Turbulencia: estado de desequilibrio en un sistema provocado por la incidencia de un nuevo factor que interactúa con él. Por ejemplo, introducir un agitador eléctrico en un recipiente con dos pinturas distintas a efecto de mezclarlas.

G. Umbral de nucleación: gradiente dentro del cual pueden ocurrir fluctuaciones entre elementos de un sistema sin que ocurra propagación. Por ejemplo, el intercambio de información que se mantiene entre dos personas que mantienen un secreto, sin que se propague como rumor.

H. Atractor: (en forma muy aproximada), denota al punto al que tiende la evolución de los estados de un sistema complejo dentro de su espacio de fases, independientemente de cuáles sean sus condiciones iniciales. En algún sentido corresponde a la tendencia autoorganizativa del sistema. Por ejemplo, la disolución de granos de café soluble en el agua caliente.

I. Autopoiesis: denota la propiedad de todo sistema (particularmente biológico) consistente en reproducirse a si mismo. Aquí lo usaremos en un sentido débil para hacer referencia a las reglas del sistema normativo que regulan los procesos de creación de las reglas del propio sistema.

J. Heterogeneidad: significa que el sistema está constituido por elementos e incluso subsistemas de clases muy diferentes. En el caso de subsistemas, cada uno puede tener su propia dinámica, escalas y tiempos diferentes,

pero interactuantes con el resto de los elementos del sistema global. El ejemplo más claro es nuestro propio organismo.

K. Coevolución: propiedad de dos o más sistemas de cuya interacción se siguen transformaciones con influencia recíproca. Por ejemplo, los sistemas presa-depredador. A más depredadores, menos presas, pero llegado un punto de disminución de las presas ocurre una disminución de depredadores con el consiguiente incremento de las presas.

L. Control oblicuo: denota una estrategia de intervención consistente en producir una o más turbulencias en un sistema, con la finalidad de inducir un proceso autoorganizativo que lleve a un nuevo estado o a una transición de su espacio de fases. Por ejemplo, una vacuna.

M. Codependencia o codefinición: significa que cada uno de los elementos del sistema es determinado por el sistema global y viceversa.

2) *Redes complejas:* clase de sistema complejo constituido por un conjunto de elementos conectados e interactuantes entre sí. A los elementos conectados se les conoce con el término ‘nodo’ y a las relaciones ‘conectores’. Una propiedad de estas redes es que no poseen una conectividad característica. Son ejemplos de redes complejas: dos páginas web unidas por un hipervínculo, dos personas si han tenido relaciones sexuales, dos actores si han intervenido al menos en una película. En redes sociales, a los nodos se les denota con ‘agentes’. En el presente trabajo se consideran como agentes fundamentalmente a diversas clases de operadores jurídicos. Desde otro punto de vista, también son nodos de una red las normas que se usan como fundamento en diversos argumentos y el resto de las proposiciones de los argumentos en cuestión. En este trabajo dichos fundamentos pueden provenir de normas (insumos cognitivos) no generadas a partir de las reglas de reconocimiento tradicionales del sistema jurídico que las adopta.

Algunas propiedades de las redes complejas son:

A. Vector: en este trabajo denota a un conector con cierta “fuerza” de impacto en la topología o dinámica de una red, susceptible de ser incrementada o disminuida por otros vectores. Por ejemplo, una sentencia nacional en materia de derechos humanos es un vector que apunta a un incremento en la protección de esos derechos. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también serían vectores que apuntan en la misma dirección.

B. Hub: denota a un nodo con muchas conexiones, o, como también se dice, con “alta densidad de conectividad”.

C. Leyes de libre escala y de potencia: se dice de una red compleja que es libre de escala cuando contiene nodos que crecen de manera directamente proporcional a su densidad de conexión. Es decir, que mientras más

conexiones tenga, más conectará con los demás nodos de la red. Lo que se ha observado es que en redes de este tipo, unos cuantos nodos son los que determinan de manera fundamental tanto la topología como la dinámica de la red. Por ejemplo, es de suponerse que una decisión de la Corte Interamericana altamente citada obtenga más citas a nivel global.

c. *Conceptos de filosofía del lenguaje.*

John Searle distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas, hechos brutos y hechos institucionales. Las reglas regulativas son aquellas que norman una conducta o evento cuya existencia no depende de una regla. A dichas conductas o eventos se les refiere con el término ‘hecho bruto’. Las reglas constitutivas son aquellas que crean o constituyen hechos posibles en el mundo cuya existencia depende de la regla. A estos hechos se les denota con la expresión ‘hechos institucionales’. Por ejemplo, los hechos ajedrecísticos son hechos institucionales que sólo pueden existir en el mundo por las reglas del ajedrez que los constituyeron¹².

En este trabajo asumo que las reglas jurídicas son clases de reglas constitutivas y que los hechos jurídicos son clases de hechos institucionales. Por ejemplo, un hecho correspondiente al delito de evasión fiscal al pago del impuesto sobre la renta sólo existe en el mundo en tanto que una norma jurídica lo constituyó.

d. *Conceptos de teoría analítica del derecho: Ámbito óptico-práctico.*

Robles desarrolla un modelo del derecho a partir de su comparación con los juegos. Para este autor, hay distintas clases de reglas que crean las condiciones que hacen posible la existencia de todo juego y todo derecho. En un nivel de abstracción superior, este autor establece que tanto el derecho como los juegos son generadores de lo que llama “ámbitos óptico-prácticos”. En una interpretación desde el marco de referencia de Searle un ámbito óptico práctico es el conjunto de hechos institucionales que pueden ser al caso en el mundo a partir de distintas clases de reglas constitutivas. Los elementos constitutivos de un ámbito óptico práctico (de aquí en adelante simplemente ‘ámbito’ o ámbitos óptico-prácticos estatales) en general corresponden a los ámbitos clásicos de la teoría jurídica: espacio, tiempo, sujetos, conductas, competencias. Cada uno de ellos es generado por re-

¹² Searle, John, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1980.

glas diferentes (reglas constitutivas de sujetos, de espacio, tiempo, etc). Las conductas pueden ser generadas por reglas técnico convencionales que en algún sentido cumplen una función semejante a las secundarias de Hart y a las anakásticas de von Wright. Su estructura es bicondicional y se pueden expresar: “si quieres que sea el caso que A, entonces tienes (necesariamente) que B”. Serían una reformulación en clave prescriptiva de una aseverativa que afirma “Sí y sólo si A, entonces B”. Son ejemplos de ellas las reglas de validez de los actos jurídicos e incluyen a las reglas de producción normativa o autopoieticas en el sentido usado en este trabajo. Las demás reglas de conducta corresponden a las normas jurídicas calificadas con los operadores deonticos tradicionales (obligatorio, prohibido y permitido).

Cuando en este trabajo emplee la expresión ámbito óntico-práctico, me estaré refiriendo a un Estado, generado a partir de la función constitutiva de una constitución.¹³

IV. DESARROLLO: PLURALIDAD DE MODELOS EXPLICATIVOS DE LA CONSTITUCIÓN EN LA GLOBALIZACIÓN

A. *El concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva evolutiva*

No se puede analizar al concepto de ‘constitución’ desde una perspectiva ontológica clásica. No hay algo que sea el concepto de constitución “dado” susceptible de ser analizado como a las bacterias. Lo único que podemos hacer es estudiarlo en tanto constructo cognitivo en proceso de reconfiguración. El enfoque desde el que se realizará el análisis corresponde al constructivismo jurídico. En consonancia con la propiedad “heterogenea” de los sistemas complejos, el análisis comprenderá cuatro categorías de análisis coherentemente conectadas: 1) la normativa (constitutividad de las reglas), 2) la de los hechos jurídicos institucionales constituidos, 3) la del impacto de las normas en los modelos mentales de los agentes, y 4) la dinámica social emergente de las interacciones entre dichos agentes (considerados tanto como individuos como instituciones) y su interacción con la sociedad civil de donde emerge la realidad social. Por razones de espacio no es posible explicitarlos en la exposición, pero su identificación implícita no debe ser difícil.

También consideraré al concepto de ‘constitución’ como un sistema evolutivo, que analizaré desde una perspectiva diacrónica con dos cortes

¹³ Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, España, Universidad Palma de Mallorca, 1982.

sincrónicos: El primero corresponde a ‘constitución’ en sentido clásico y el segundo a ‘constitución’ en la era de la globalización.

B. *‘Constitución’ en sentido clásico desde una perspectiva constructivista*

Para el constructivismo jurídico, ‘constitución’ en sentido clásico denota a un artefacto cultural que consiste en un sistema de reglas constitutivas de los elementos necesarios para tener un óntico-práctico estatal. Dichos elementos son: el espacio, el tiempo inicial del ámbito, las reglas técnicas de producción normativa (autopoiéticas) y los agentes o sujetos, individuales o institucionales competentes para la aplicación de dichas reglas autopoiéticas que en términos hartianos, corresponden a reglas de cambio.

Las reglas constitucionales, además de contener la propiedad autopoiética del sistema, actúan como restrictores del contenido de las normas generadas por los agentes competentes para la producción normativa (constitucionalidad e inconstitucionalidad de las normas) y poseen una propiedad derrotante con respecto a aquellas con las que entre en contradicción (inconstitucionalidad). En términos de conectividad, las reglas constitucionales son nodos de estructura jerárquica superior respecto de las demás, con conectores dirigidos en relaciones de supra a subordinación.

El conjunto de las reglas producidas a partir de las reglas autopoiéticas constituyen a los diferentes hechos jurídicos institucionales que pueden tener lugar en el sistema en cuestión. Es decir son las reglas reconocidas como parte del sistema a partir de la o las reglas de reconocimiento del mismo.

Con respecto a las reglas de adjudicación, el sistema constituido contiene las reglas que los funcionarios usan para fundamentar sus argumentos.

En tanto red compleja (el derecho como sistema de normas), la constitución es un *Hub* del sistema con densidad de conectividad exhaustiva en relaciones de sub a supraordinación ya que todas las demás normas del sistema se conducen a ella. En algún sentido es en dicha conectividad que radica la identidad del sistema.

Por otra parte, el sistema normativo generado a partir de la constitución satisface una ley de potencia: Es un nodo del sistema que tiene influencia decisiva en la en figuración del resto de la red.

La tendencia a la constitucionalidad de las normas es el atractor que conduce el comportamiento autoorganizativo del sistema normativo.

A nivel de hechos jurídicos institucionales, las reglas del sistema generadas en congruencia con las reglas constitucionales (propiedad restrictiva de contenidos) crean a los agentes o sujetos, así como sus conexiones posi-

bles dentro del ámbito óptico-práctico estatal. Por ejemplo, “comprador”-“vendedor”; “contribuyente”-“fisco”; “arrendador”-“arrendatario”, etc.

Dichas reglas también son constitutivas de agentes en una escala superior correspondientes a instituciones legales (la Suprema Corte de Justicia, la Secretaría de Gobernación, etc) dentro de las cuales emergen distintas clases redes sociales dentro de las que juegan un papel importante las redes de poder.

A una escala aún superior, dichas instituciones son susceptibles de conectividad interinstitucional y de dar lugar a la configuración de nuevas redes complejas.

Los modelos mentales jurídicos de los agentes referidos pueden ser de dos clases fundamentales: modelos mentales de sujetos susceptibles de generar cambios en el sistema global y que corresponden a funcionarios (jueces, fiscales, etc) y modelos mentales de operadores jurídicos simples (notarios, abogados, consultores, etc). En interacción con estos agentes se encuentra la sociedad civil con modelos mentales comunes o no jurídicos.

De la interacción autoorganizativa de los agentes constituidos por el sistema (funcionarios y no funcionarios) emerge la forma de vida que caracteriza a la realidad social del ámbito en cuestión.

Algunas normas constitucionales de tipo técnicas o deónticas constituyen las condiciones básicas del equilibrio del sistema mediante: a) La protección fundamental a los agentes del sistema respecto de interacciones de otros agentes (derechos humanos); b) Las relación entre las instituciones legales públicas entre sí, y c) Las relaciones de esas instituciones con la sociedad civil. Estas reglas incluyen tanto a las reglas de control del poder político, como la participación en el diseño de las estructuras normativas de dichas políticas públicas es decir, reglas de democracia.

Si a nivel proposicional la constitucionalidad de las normas operaba como atractor respecto del contenido de las normas generadas, en el de los hechos jurídicos institucionales, corresponde a la tendencia a actuar de conformidad con lo establecido por el sistema constitucional.

A la dinámica del sistema de interacciones sociales realizadas por los sujetos agentes sociales, como consecuencia del impacto cognitivo del sistema jurídico en su cognición corporeizada y modelos mentales la denotaremos con la expresión: ‘dinámica social constitucional’.

Desde luego, no todas las conductas satisfacen la propiedad de ser constitucionales y corresponden a las conductas ilícitas que pueden tener lugar en el sistema.

Calificar a un estado de ‘constitucional’ denota una dinámica del sistema en el cual las conductas ilícitas corresponden a vectores cuyo compor-

tamiento no supera su umbral de nucleación y por tanto no modifican al atractor 'constitucionalidad', es decir, que se mantiene la dinámica social constitucional. Esto permite que el sistema se mantenga en estado de equilibrio, a pesar de sus tensiones internas. Su espacio de fases tiene lugar en un estado de equilibrio.

Un dato fundamental de este modelo es que, a pesar de que el sistema no se encuentra aislado (hay otros estados e instituciones internacionales), opera como un sistema cerrado o con un grado de apertura mínimo (soberanía).

C. *'Constitución' en época de turbulencias: la globalización*

En estricto sentido ningún sistema es completamente cerrado, esto significa que el estado de equilibrio de todo sistema es codependiente de la estabilidad del entorno. En el primer corte sincrónico se supone el estado de equilibrio del entorno de los ámbitos óptico-prácticos estatales que operan como sistemas semicerrados con una conectividad extrasistémica (derecho internacional).

El proceso evolutivo del estado de cosas uno al dos fue inducido por la emergencia de factores tales como las nuevas tecnologías de la información, la intensificación de intercambios comerciales internacionales y el incremento y accesibilidad de los medios de transporte internacional. Estos cambios modificaron el entorno de los sistemas constitucionales correspondiente a la fase uno y propiciaron la emergencia autoorganizativa de nuevos agentes, sistemas y redes globales. Como si fueran imanes agregados a una mesa donde ya había imanes previos, los nuevos elementos del entorno están atrayendo a los agentes, sistemas y redes preexistentes. Dicho en otros términos, estos nuevos agentes han comenzado a conectarse con los sistemas constitucionales preexistentes generando turbulencias y desestabilización en su estado de equilibrio. Este proceso corresponde a una transición del espacio de fase de la dinámica interna de los sistemas. El resultado está siendo una reconfiguración autoorganizativa tanto funcional como estructural cuya primer consecuencia es el paso de los sistemas estatales de sistemas relativamente cerrados a sistemas abiertos.

En un nivel de escala superior este proceso, replicado en los diferentes sistemas constitucionales, está llevando a una reconfiguración de la dinámica global (gobernanza) misma que, de manera recursiva, contribuye a la reconfiguración de los sistemas modificadores, cuyos cambios inciden nuevamente en el sistema global.

Los nuevos agentes que participan en la reconfiguración global son de clases muy distintas. Entre ellos se puede citar: organismos intergubernamentales, redes de cooperación transgubernamental, organizaciones no gubernamentales, redes transnacionales de actores privados, empresas multinacionales y redes de crimen organizado globalizadas.¹⁴

Las turbulencias generadas por la conectividad e interacción de estos sistemas y redes con los sistemas constitucionales son producidas de maneras diversas, cada una de las cuales, como si se tratara de los ciegos ante el elefante del conocido cuento hindú, han sido objeto de modelados diferentes por los teóricos constitucionales contemporáneos. Cada uno de ellos ha tomado su modelo como El modelo de la totalidad y excluyente de los demás. El estatus de metateoría constitucional de este trabajo se justifica porque pretende “armar al elefante” completo, incluyendo partes del cuerpo no tocadas hasta ahora.

Entre dichos modelos se encuentran los que José María Serna se refiere como los generados a partir de: la incidencia de instituciones de gobernanza global, la internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional, y el surgimiento de doctrinas tendentes a la coordinación y coherencia normativa.

Si anteriormente la constitución y la constitucionalidad operaban como un sistema cerrado en el que las conexiones eran direccionadas dentro del óntico-práctico estatal, en la nueva situación, ese sistema entra en una codefinición funcional autoorganizativa con los nuevos elementos de su entorno.

Los vectores fundamentales que están produciendo turbulencias e impactando en el cambio de equilibrio de los ámbitos óntico-prácticos estatales son los siguientes: 1) Generación de normas constitucionales definitorias de políticas públicas por interacción con actores no constituidos en el ámbito óntico-práctico estatal (organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo monetario internacional, etc); 2) Revisión de decisiones judiciales por instituciones legales no generadas en el ámbito óntico práctico estatal (Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc); 3) Interacción con instituciones legales internacionales no gubernamentales (ONG's); 4) Incorporación de decisiones de instituciones legales transnacionales de las cuales el sistema en cuestión es un subsistema (Organización de las Naciones Unidas, Unión Europea, etc); 5) Impacto en las normas, instituciones y agentes del sistema generadas por interacción con instituciones y sistemas

¹⁴ Serna, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. Particularmente capítulo quinto, pp. 87-110.

globales con una agenda transnacional ajena a las expectativas de forma de vida de los agentes del sistema estatal (normas generadas a partir de las presiones ejercidas por empresas multinacionales); 6) Incorporación de insumos cognitivos no generados con base en la regla de reconocimiento del sistema (*softlaw*); 7) Modificación de los modelos mentales de los funcionarios públicos por interacción con agentes de la misma clase pertenecientes a otros ámbitos óntico-prácticos estatales (redes internacionales de jueces, de legisladores, etc.).¹⁵

En términos de sistemas y redes complejas, la integración de los ámbitos óntico-prácticos estatales como parte de una dinámica globalizada genera una dinámica de sistemas y redes en conflicto en la que distintos vectores apuntan en direcciones distintas. En términos consecuencialistas, algunos de esos vectores robustecen a los tendentes a hacer emerger o mantener estados que benefician a todos los miembros del ámbito óntico-práctico como parte de su forma de vida, caso particular de los derechos humanos. En ocasiones los sistemas y redes globalizadas actúan como mecanismos correctivos de las desviaciones del ámbito óntico-práctico (Corte Interamericana, ONG's etc.).

Otros suelen generar interferencias u obstáculos respecto de las aspiraciones de los agentes sociales (empresas transnacionales, organismos financieros internacionales, etc.).

En síntesis, en la actualidad los ámbitos óntico-prácticos estatales operan (en mayor o menor medida) como sistemas alejados de su punto de equilibrio.¹⁶

Una característica sumamente importante de este proceso de desestabilización estriba en la alteración de los insumos cognitivos a considerar por parte de los funcionarios encargados de la producción de normas. En el estado de cosas uno (al menos hipotéticamente) las razones a ponderar al momento de diseñar políticas públicas e implementarlas normativamente provenían de la sociedad constituida dentro del ámbito óntico-práctico estatal, es decir, tenían una legitimación democrática. En el estado de cosas dos, las normas incorporadas al sistema no son siempre producto de razones soportadas en las expectativas de los sujetos constituidos por el sistema, sino por agentes, redes instituciones globales que frecuentemente tienen agendas distintas.

¹⁵ *Ibidem*. Fundamentalmente capítulos tercer o cuarto.

¹⁶ Una excelente visión panorámica del derecho en la globalización, con referencia especial a este problema se encuentra en Grün, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-LexisNexis, 2006.

V. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE ‘CONSTITUCIÓN’ EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN (ENSAYO DE UNA CONCLUSIÓN)

Con base en expuesto se sigue que para el constructivismo jurídico actualmente el concepto teórico ‘constitución’ denota a un proceso autoorganizativo en proceso de transición de espacios de fase. Del estado inicial se conservan: Las reglas constitutivas del ámbito óntico-práctico estatal, fundamentalmente las que crean el espacio, el tiempo, las reglas autopoieticas, los sujetos (agentes) encargados de determinar las demás reglas de producción normativa, las instituciones encargadas del diseño e implementación de las políticas públicas (incluidas las de impartición de justicia), las que determinan el control del poder (e incluyen a la participación democrática) y las que establecen la protección a los derechos humanos. Ninguna institución o red exterior produce directamente las leyes internas o crea las instituciones de un Estado.

La interacción autoorganizativa de los ámbitos óntico-prácticos estatales con los agentes que han emergido en su entorno ha traído como consecuencia la incorporación de normas no generadas a partir de las reglas autopoieticas del sistema, pero que cumplen funciones del mismo tipo que las creadas dentro del mismo, e incluso derrotan a las del ámbito mismo en caso de contradicción. Más allá de la producción normativa, la interacción de agentes individuales e instituciones está dando lugar a un proceso sub-emergente en el que está ocurriendo la importación de insumos cognitivos que modifican los modelos mentales de los operadores jurídicos, sus prácticas institucionales, su forma de decidir y las razones en que sustentan la producción normativa, no siempre legitimadas democráticamente.

Esta modificación en la conectividad está alterando la regla de reconocimiento no sólo de las normas constitucionales, sino de los sistemas jurídicos en general. En consecuencia ‘constitución’ ha dejado de denotar al *Hub* exhaustivo del sistema. Sin embargo no deja de ser un *hub* de gran importancia para el nuevo estado de equilibrio de los Estados, aunque ya no sea el único.

Los cambios que están ocurriendo no pueden ser explicados desde una concepción tradicional del derecho basada en la creencia de que el control del sistema se ejerce en un sistema cerrado y en un sentido *top-down*. El proceso de globalización en el derecho no puede ser considerado como *positum*, como algo dado, perceptible por correspondencia en el mundo, ni por tanto describible de manera ingenua. Algo semejante ocurre con el supuesto determinismo entre constitución y configuración del Estado.

El modelo constructivista que se propone aspira a dar cuenta del crucial hecho de que en la actualidad nadie puede aspirar a tener el control absolu-

to de la estructura y funcionamiento de las constituciones, ni de la dinámica constitucional que de ellas deriva, debido a que han pasado a formar parte de un sistema complejo auto organizativo globalizado.

La nueva dinámica impone a los Estados buscar marcos epistémicos distintos para modelar y comprender a ese sistema global y actuar a favor de sus ciudadanos mediante formas de participación acordes con sus expectativas e incidir favorablemente en la construcción social de una realidad global, mediante estrategias de control oblicuo que habrán de ser objeto de estudio en el futuro próximo.

Evidentemente el mundo cambia, pero permanece constante la incesantemente aspiración de los hombres de bien de construir un mundo cada vez mejor, en el que cada vez más seamos uno ante los problemas importantes que nos aquejan a todos.

EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS NUEVOS PARADIGMAS

Ismael CAMARGO GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cambios introducidos por el cuarto Reglamento de la Corte y La figura del Locus Standi in Juidicio.* III. *Análisis de sentencias relevantes de la CIDH y sus efectos.* IV. *Nuevos paradigmas.* V. *Conclusiones.* V. *fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

Un hecho importante, sin duda es el nacimiento mismo de la Corte. En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA y el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humano en 1979 como institución judicial autónoma de la OEA, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.

Es oportuno también, señalar que el marco normativo resulta un elemento vital para el funcionamiento de cualquier órgano y aun mas si este tiene naturaleza jurisdiccional como es el caso de la Corte. Lógicamente, este cuerpo normativo es esencialmente dinámico, evoluciona paulatina o aceleradamente conforme a sus propios requerimientos. Efectivamente, la Corte Interamericana no ha sido la excepción y ha tenido que adecuar su cuerpo reglamentario a las exigencias que demandan sus fines.

* Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

En este contexto, nos parece atinente reproducir aquí la reflexión que al respecto emite Rolando E. Gialdino¹, al mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido actualizando, con el correr de los años, las potencialidades que encierran sus atribuciones reglamentarias, para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. A su primer reglamento (1980), inspirado en el de la Corte Europea de Derechos Humanos a la sazón vigente, le siguieron los de 1991 y 1996. Finalmente, en el 2000 la Corte adoptó su cuarto y último texto reglamentario, en vigor desde el 1 de junio del 2001, el cual ha sido objeto de determinadas reformas en el 2003, que comenzaron a regir el 1 de enero del 2004. Así, resulta evidente el dinamismo que la mencionada corte ha tenido en aproximadamente treinta años en los que al cuerpo normativo que la regula.

Obviamente, como lo hemos venido señalando la Corte en su relativa corta vida ha obtenido avances importantes pero también existen cuestiones pendientes de fortalecer como es el caso de la relación entre el derecho internacional en materia de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados que se resisten a esta nueva fuerza normativa, Diego García-Sayán² reflexiona al respecto al mencionar que estamos ante un proceso vivo. En él ya se vienen produciendo importantes interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Sin embargo, siguen prevaleciendo los retos para que en el futuro esa interdependencia e interacción se pueda reflejar más nítidamente en los procesos jurídicos e institucionales internos.

Por otra parte, el objeto del presente trabajo consiste en vincular a través del análisis de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos los distintos paradigmas como el *principio de convencionalidad* y el *triángulo vital* emanados de dichas sentencias y otros como *la renta mínima o mínimo vital* reconocidos por varias Cortes Supremas entre ellas la mexicana.

¹ Gialdino, Rolando E. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus Reglamentos*, visible en la página Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DialogoJurisprudencial/10/cnt/cnt8.pdf> p. 1207

² García-Sayán, Diego, Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. No se podría decir aún que la mayoría de tribunales ha incorporado ya las sentencias de la Corte Interamericana en sus razonamientos, sí es cierto, sin embargo que diversos tribunales de la mayor jerarquía en la región (Cortes o tribunales constitucionales y Cortes Supremas) ya lo vienen haciendo. Ello reviste una importancia cualitativa singular y marca una tendencia que parece perfilarse. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, Organización de los Estados Americanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p- 326.

II. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL CUARTO REGLAMENTO DE LA CORTE Y LA FIGURA DEL *LOCUS STANDI IN JUDICIO*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya lo comentamos necesariamente ha requerido actualizar su marco jurídico principalmente en lo que hace a sus tareas sustantivas por lo que nos ha parecido pertinente analizar los cambios introducidos por el último o más reciente reglamento en lo que concierne al presente trabajo: Fortalecimiento de la capacidad procesal del ser humano y la figura del *Locus Standi in iudicio*.

Efectivamente, de la sola lectura de los reglamentos que antecedieron al vigente, se desprende que estos no reconocían a las víctimas *locus Standi* y acceso directo al tribunal. Por la materia y la naturaleza del juicio que conoce este importante tribunal resultaba necesario una mayor expedites del procedimiento y los elementos para acelerarlo fueron precisamente el fortalecimiento de la capacidad procesal y el reconocimiento del *Locus Standi* de las víctimas entre otros. El tercero de estos reglamentos tuvo un acercamiento a estos requerimientos al permitir que en la etapa de reparaciones los familiares de las víctimas o sus representantes presentaran sus puntos de vista.

Ahora bien, ante la necesidad de un marco reglamentario actualizado Antonio Augusto CancadoTrindade, nos proporciona un comentario que nos parece pertinente reproducir por considerar que en mucho refuerza nuestra opinión al mencionar que: Tal como fue recomendado por la Asamblea General de la OEA (cf. supra), la Corte introdujo en su nuevo Reglamento de 2000³ una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in iudicio*) en todas las etapas ante el Tribunal. En perspectiva histórica, es esta la modificación más trascendental del cuarto Reglamento de la Corte, además de un verdadero marco en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general.⁴

³ El artículo 23 del nuevo Reglamento de 2000, sobre la “Participación de las Presuntas Víctimas”, dispone que: - “1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.”

⁴ CancadoTrindade, Antonio Augusto, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados, p. 49.

Esto es, el reglamento vigente introdujo un cambio cuantitativo y cualitativo al otorgar participación directa a las víctimas, familiares o sus representantes en el juicio y no sólo en la etapa de reparaciones del mismo como hemos reseñado disponía el tercer reglamento concretamente en su artículo tercero.

El proceso de consolidación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no ha sido fácil, hubo de transitar por un largo y escabroso camino aplicando criterios de interpretación expansiva y no restrictiva respecto a la esencia derecho internacional en relación con el derecho interno y su vínculo especial con la protección de los Derechos Humanos.

Una figura clave, lo es el "*Legitimatio ad causam*"⁵ pues su concepto nos sirve para comprender en toda su magnitud la esencia de un proceso y particularmente el que nos ocupa por la importancia universal de la materia: Los derechos Humanos. En el inicio del mismo y a lo largo del todo el proceso constatamos que resulta determinante el hecho de que las presuntas víctimas de violación a sus derechos humanos puedan por sí o por conducto de sus representantes iniciar un juicio de esta índole y proseguirla hasta su conclusión.

En este contexto, los comentarios vertidos por Christophe Swinarsky⁶ en relación al tema que nos ocupa resultan relevantes ya que aportan valiosos puntos de vista a este respecto, al considerar que el segundo nivel es el individuo a nivel procesal dentro del proceso, eso es el debate que ya señaló el Dr. Valencia Ospina y el Dr. Ventura la diferencia entre "*locus standi*" y "*ius standi*" puede el individuo reclamar algo dentro del proceso; aquí en dos palabras puede reclamar muy poco aunque tenga protección para él a nivel de víctima dentro del proceso y a nivel de testigo dentro del proceso en los tribunales de Ruanda y Yugoslavia; podrá tener un poco más en el Sistema del Estatuto de Roma pero un poco más hay una dinámica de "*locus standi*" y hasta "*ius standi*" pero no llegamos a "*ius standi*" dentro de lo que propone el Estatuto de Roma.

Justo es reconocer, el avance que CIDH ha tenido en esta parte del proceso, lógicamente también debemos reconocer que falta todavía un largo

⁵ Es una condición para el ejercicio de la acción que implica la necesidad de que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad de derecho que se cuestione; esto es, que la acción sea entablada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional. Rubro: Legitimación Ad Causam. Concepto Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Número: 69, Séptima época, Tercera, visible en la página 43.

⁶ Swinarsky, Christophe, *El acceso del individuo a los Tribunales Internacionales*, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Consultese página Web: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/Pedagogicas/Especializado/04.htm>

trecho que recorrer. Es precisamente, esta clase de foros los que nos proporcionan un espacio de reflexión en torno a esta problemática aprovechando de paso para sugerir las reformas pertinentes.

En el mismo sentido, Antonio Trindade Cançado⁷, coincide con los citados autores entorno al importancia de estas figuras al sostener que la evolución del “*locus standi*” hacia “*ius standi*” en la práctica de los dos tribunales internacionales de derechos humanos es decir, las Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos una vez que la Corte Africana no se ha establecido ha sido prevista en el protocolo de *Burquina Fasio* como ustedes saben hace dos años pero todavía no ha sido establecida; así que tenemos dos tribunales internacionales, regionales de derechos humanos y sobre su contribución a esta evolución me detendré en la parte final de mi exposición, paso de inmediato dado la presión del tiempo al primer punto.

Como vemos, existen coincidencias en cuanto a la pertinencia de la figura *locus standi in iudicio* que nos permiten visualizar el camino correcto. En este tenor, como investigadores es nuestro deber puntualizar las bondades de estas figuras procesales y a la vez en nuestros respectivos países impulsar su adhesión a ellas a través de los mecanismos ya reconocidos.

Antonio Trindade Cançado,⁸ al respecto comenta sobre el tema de la siguiente manera;

.....observé que al reconocimiento de derechos debe corresponder la capacidad procesal de vindicarlos, debiendo el individuo peticionario estar dotado de locus standi in iudicio en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal, - por cuanto es de la propia esencia de la protección internacional el contradictorio entre las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, y los Estados demandados.

III. ANÁLISIS DE SENTENCIAS RELEVANTES DE LA CIDH Y SUS EFECTOS

El análisis sistemático de algunas de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva jurisprudencia que a

⁷ Trindade Cançado, Antonio, *El acceso del individuo a los Tribunales Internacionales*, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Consúltese página Web: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/04.htm>

⁸ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *El nuevo reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional en El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiado, P. 20

nuestro particular juicio resulten relevantes, tiene por objeto detectar en su contenido algunos paradigmas o su conexión con otros, que además de servirnos como referentes de la funcionalidad y eficacia de la Corte — demuestren el grado de consolidación que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha adquirido en un relativo breve periodo.

—Caso Castillo Petruzzi y otros *Vs.* Perú —Sentencia de 30 de mayo de 1999— (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Corte Interamericana de Derechos Humanos—⁹ El Perú es Estado Parte en la Convención Americana desde el 28 de julio de 1978 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte el 21 de enero de 1981. En consecuencia, la Corte es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer sobre el fondo del presente caso.

El 28 de enero de 1994 la señora Verónica Reyna, Jefa del Departamento Jurídico de la organización chilena Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (en adelante “FASIC”), presentó la primera denuncia correspondiente a este caso. El 29 de junio de 1994 la Comisión transmitió al Estado las partes pertinentes de la denuncia y le solicitó que suministrara información sobre los hechos materia de dicha comunicación dentro de un plazo de noventa días; además, le pidió que enviase información referente al agotamiento de los recursos internos.

Importa, resumir aquí brevemente algunos comentarios relacionados íntimamente con el tema y Manuel Ventura¹⁰, según nuestro particular criterio abunda en ellos al analizar un caso concreto y mencionar que “finalmente tuvimos el primer gran caso sobre este punto específico en el Sistema Interamericano que es el caso Castillo Petrusi *versus* Perú que ha causado tanta discusión lo cual es muy bueno, y el punto que se planteó fue que si la ONG FASIC que tiene su sede en Chile tenía o no “*legitimatio ad causam*” para impetran una acción contra Perú una vez que no estaba caracterizada su legalidad bajo derecho interno por lo menos del estado demandado entonces tuvimos que aclarar que en el campo de derecho internacional de los derechos humanos la protección internacional esta desnacionalizada, que basta con que esté legalizada en el derecho interno de cualquiera de los estados partes, y efectivamente si estaba caracterizada como una entidad no gubernamental en el ordenamiento jurídico de Chile así que hemos resuelto este importante caso de forma de enfatizar la autonomía del derecho de petición “*visavi*” derecho interno, “*visavi*” otros derechos protegidos”

⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

¹⁰ Ventura, Manuel, *El acceso del individuo a los Tribunales Internacionales*, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, consúltese página Web: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/04.htm>

—Resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 19 de mayo de 2011 caso radilla pacheco *vs.* Estados unidos mexicanos supervisión de cumplimiento de sentencia.¹¹ Considerando (5) La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes o funciones del Estado.

Considerando (6) Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Por lo que respecta, al Estado mexicano este se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981. En relación a esta sentencia Ignacio F, Herrerías Cuevas y Marcos del Rosario Rodríguez¹² comentan que no obstante la claridad con la que se pueda asumir

¹¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_19_05_11.pdf

¹² Que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia Radilla Pacheco *vs* México y conforme a los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos — transcripción del citado párrafo 339 “En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un <control de convencionalidad> ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho

obligaciones contraídas por el Estado mexicano, hasta hace apenas unos meses, la Suprema Corte de Justicia de la Nación empezó a pronunciarse (con mayor intensidad) respecto a la obligatoriedad de los compromisos contraídos en materia de derechos humanos y sobre las reformas constitucionales respectiva.

—Caso Velásquez Rodríguez *Vs.* Honduras — Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*) — Corte Interamericana de Derechos Humanos—. ¹³ Parte X, punto 166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Parte X, punto 167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas, del análisis de cada una de estas sentencias se desprende como un hecho notable, primeramente la influencia que en la protección de los derechos humanos ha consolidado la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayando la preeminencia del orden internacional y la obligatoriedad de los compromisos contraídos por los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor el 18 de julio de 1978.

Resulta importante, reflexionar sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en este sentido Helio Bicudo¹⁴ comenta comunicado de la misma en el sentido de que la compe-

la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Herrerías Cuevas, Ignacio F. y Rodríguez Marcos del Rosario, *El control de constitucionalidad y Convencionalidad*, México, Editorial UBIJUS, 2012, pp. 29 y 30.

¹³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

¹⁴ Bicudo, Helio, *Complimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *El Sistema de Protec-*

tencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.

Otras sentencias de la Corte Interamericana Derechos Humanos que han impactado por sus efectos:

Por razones de espacio, resulta complejo exponer aquí argumentos suficientes para hacer notar la importancia de estas sentencias, sin embargo consideramos que un breve resumen de los puntos que consideramos de interés nos servirán para dar a conocer su contenido.

—Caso *Átala Riffo y niñas vs. Chile*— sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) —Corte Interamericana de Derechos Humanos—¹⁵

Parte I, introducción de la causa y objeto de la controversia, punto 3. De acuerdo a la Comisión, el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. La Comisión solicitó a la Corte que declare la violación de los artículos 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), 17.1 y 17.4 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 24 (Igualdad ante la Ley), 8 (Garantías Judiciales) y 25.1 y 25.2 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la

ción de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI, Tomo I, Organización de los Estados Americanos, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Agencia Española de Cooperación Internacional y Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos, 2003.

Más sobre el mismo tema: En Comunicado de Prensa de 29 de septiembre de 1999, la CIDH, con conocimiento de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recién acababa de dictar sentencias por medio de las cuales declaraba inadmisibles el pretendido retiro del Estado Peruano, de la competencia contenciosa de dicha Corte, con efectos inmediatos. La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/ Kompetenz-Kompetenz), p. 233.

¹⁵ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/atala_riffo.pdf.

misma. Asimismo, la Comisión solicitó al Tribunal que ordenara al Estado la adopción de medidas de reparación.

Punto 10. Por otra parte, el Tribunal recibió escritos en calidad de *amici curiae* de: 1) la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile¹¹; 2) la organización Ombudsgay¹²; 3) José Pedro Silva Prado, Profesor de Derecho Procesal y Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal; 4) José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Derecho Público de la Unión Europea de la Universidad de los Andes, Chile; 5) el Núcleo de Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro¹³; 6) Diego Freedman, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; 7) María Inés Franck, Presidenta de la Asociación Civil Nueva Política, y Jorge Nicolás Lafferriere, Director del Centro de Bioética, Persona y Familia; 8) del Seminario de Investigación en el Derecho de Familia y las Personas, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Argentina¹⁴; 9) Luis Armando González Placencia, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y José Luis Caballero Ochoa, Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana; 10) Úrsula C. Basset, profesora e investigadora de la Universidad de Buenos Aires¹⁵; 11) Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot de la Universidad de California.....

Parte V. Derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, derecho a la vida privada, derecho a la vida familiar, derechos del niño, derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos respecto al proceso de tuición.¹⁶

Independientemente del resultado, del análisis de los puntos de la sentencia se desprende elementos muy valiosos que ponderan la efectividad del trabajo de la Corte en asuntos como la intromisión del Estado en la vida privada y familiar de sus ciudadanos y el trato discriminatorio que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual.

Caso Gomes Lund y otros (“*guerrilha do araguaia*”) vs. Brasil— sentencia de 24 de noviembre de 2010— (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*)— Corte Interamericana de Derechos Humanos—

Parte I. Introducción de la causa y objeto de la controversia. Punto 1. Pese a las dos prórrogas concedidas al Estado, los plazos para presentar

¹⁶ De manera preliminar, la Corte considera necesario resaltar que el objeto del presente caso no es dirimir si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas (*infra* párrs. 64 a 66). En el presente caso la controversia entre las partes se relaciona con dos aspectos: i) el juicio de tuición iniciado por el padre de las niñas, y ii) un proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la señora Atala. El presente capítulo se concentra en los debates en torno al juicio de tuición.

información sobre el cumplimiento de las recomendaciones transcurrieron sin que hubiese una “implementación satisfactoria de las [mismas]”. Ante ello, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte, considerando que representaba “una oportunidad importante para consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía en relación con las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial, y la resultante obligación de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad e investigar, procesar y sancionar graves violaciones de derechos humanos”. Asimismo, la Comisión enfatizó el valor histórico del caso y la posibilidad del Tribunal de afirmar la incompatibilidad de la Ley de Amnistía y de las leyes sobre secreto de documentos con la Convención Americana. La Comisión designó como delegados a los señores Felipe González, Comisionado, y Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo, y como asesores legales a la señora Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y a los abogados Lilly Ching Soto y Mario López Garelli, especialistas de la Secretaría Ejecutiva.

Punto 2. Según indicó la Comisión, la demanda se refiere a la alegada “responsabilidad [del Estado] en la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, entre miembros del Partido Comunista de Brasil [...] y campesinos de la región, [...] resultado de operaciones del Ejército brasileño emprendidas entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la *Guerrilha do Araguaia*, en el contexto de la dictadura militar de Brasil (1964–1985)”. Asimismo, la Comisión sometió el caso ante la Corte porque, “en virtud de la Ley No. 6.683/79 [...], el Estado no llevó a cabo una investigación penal con el objeto de juzgar y sancionar a las personas responsables de la desaparición forzada de 70 víctimas y la ejecución extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva.

Parte III. Excepciones preliminares. Punto 11. Si bien la Convención Americana y el Reglamento no desarrollan el concepto de “excepción preliminar”, en su jurisprudencia la Corte ha afirmado reiteradamente que por este medio se cuestiona la admisibilidad de una demanda o la competencia del Tribunal para conocer determinado caso o alguno de sus aspectos, en razón de la persona, la materia, el tiempo o el lugar. La Corte ha señalado que una excepción preliminar tiene por finalidad obtener una decisión que prevenga o impida el análisis sobre el fondo del aspecto cuestionado o del caso en su conjunto. Por ello, el planteamiento debe satisfacer las características jurídicas esenciales en contenido y finalidad que le confieran el carácter de “excepción preliminar”. Los planteamientos que no tengan tal naturaleza, como por ejemplo los que se refieren al fondo de un caso, pueden ser formulados mediante otros actos procesales admitidos en la Convención

Americana o el Reglamento, pero no bajo la figura de una excepción preliminar.

2. *Consideraciones de la Corte.* Punto 16. Brasil reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 10 de diciembre de 1998 y en su declaración indicó que el Tribunal tendría competencia respecto de “hechos posteriores” a dicho reconocimiento. Con base en lo anterior y en el principio de irretroactividad, la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado que pudieran implicar su responsabilidad. Punto 17. Por el contrario, en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional 24. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos. Por tanto, la Corte es competente para analizar las alegadas desapariciones forzadas de las presuntas víctimas a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuado por Brasil.

Resultan, importantes e interesantes las aportaciones que el estudio de esta sentencia nos proporciona. Por un lado la posibilidad que la Corte visualiza de consolidar su jurisprudencia a través de la resolución de este caso y por otro la posibilidad de estudio de *consideraciones preliminares* y por último la facultad de la Corte del examen de actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional.

—Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México— Sentencia de 31 de agosto de 2010 (*Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*)— Corte Interamericana de Derechos Humanos —¹⁷

Parte I. Introducción de la causa y objeto de la controversia. Punto 2. Según indicó la Comisión Interamericana, la demanda se refiere a la supuesta responsabilidad internacional del Estado por la “violación [sexual] y tortura” en perjuicio de la señora Rosendo Cantú ocurrida el 16 de febrero de 2002, por la “falta de debida diligencia en la investigación y sanción de

¹⁷ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec_216_esp.pdf.

los responsables” de esos hechos, por “las consecuencias de los hechos del caso en la hija de la [presunta] víctima”, por “la falta de reparación adecuada [en] favor de la [presunta] víctima y sus familiares”, por “la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos”, y por “las dificultades que enfrentan las personas indígenas, en particular las mujeres, para acceder a la justicia y a los servicios de salud”.

Del análisis del Informe de Fondo No. 36/09, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se concluye que el Estado mexicano es imputado de graves violaciones al marco normativo de la Convención Americana que impactan en los derechos humanos de sus ciudadanos en varios contenidos del instrumento internacional como son los de Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otras.

Punto 5. El 17 de febrero de 2010 el Estado presentó un escrito en el cual interpuso una excepción preliminar, contestó la demanda y formuló observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “contestación de la demanda”). México requirió a la Corte que considere fundada la excepción preliminar y declare su falta de competencia para determinar violaciones a la Convención de Belém do Pará. Asimismo, solicitó al Tribunal que declare la inexistencia de violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana y en la Convención contra la Tortura alegados por la Comisión y los representantes.

Punto 9. Por otra parte, el Tribunal recibió once escritos en calidad de *amicus curiae* de las siguientes personas e instituciones: i) tres alumnos de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UNAM), en relación con el derecho de acceso a la justicia por parte de la población indígena en el estado de Guerrero, la jurisdicción penal militar y posibles reparaciones¹¹; ii) el Consejo General de la Abogacía Española y la Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, sobre la violación sexual como tortura, la justicia militar y el tratamiento médico que deben recibir las mujeres víctimas de violencia¹²; iii) la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, referente a la importancia del contexto en el presente caso¹³; iv) las organizaciones *Bar Human Rights Committee* y *Solicitors’ International Human Rights Group*, respecto a la violación sexual como tortura y los estándares de investigación en casos de violación sexual¹⁴; v) la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (“WOLA” por sus siglas en inglés), en relación con la militarización en el estado de Guerrero y los abusos de derechos humanos atribuidos a militares en México.

Al igual, que las anteriores sentencias estudiadas, la presente aporta valiosos elementos en cuanto al actuar de los Estados en detrimento de los Derechos Humanos con el agravante de haber sido perpetrados contra miembros de los grupos vulnerables: mujeres e indígenas.

IV. NUEVOS PARADIGMAS

Conviene al respecto, establecer que entendemos por paradigma y en este sentido tenemos que éste es concebido de muy diversas formas que van desde un ejemplo, modelo, tipo o arquetipo, hasta un conocimiento compartido por una comunidad científica, una guía de investigación e interpretación de fenómenos observables o simplemente un proceso¹⁸.

Para nosotros, cualquiera de estos conceptos se ajusta perfectamente a nuestra posición que consiste básicamente en determinar si las figuras que proponemos como resultado del análisis de algunas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden considerarse como paradigmas que podamos utilizar en un futuro cercano para dimensionar el trabajo de la citada Corte.

a. *Control de Convencionalidad*

El Control de Convencionalidad, ha resultado una herramienta formidable y eficaz para hacer efectivos los derechos humanos pues a través de una excelente articulación de estándares y reglas provenientes de tribunales internacionales que obliga a los jueces nacionales a ajustar el derecho interno a su contenido.

Nos sirven de referencia los siguientes comentarios vertidos por Alberto Méndez Llaca¹⁹ al mencionar que después de una amplia discusión, por unanimidad el Pleno de la Suprema Corte concluyó que Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial Federal. Esto implica el reconocimiento del carácter jurisdiccional de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La resolución ordena al estado mexicano ajustar sus leyes para que los

¹⁸ Poudevida, Raluy, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, México, Editorial Porrúa 2001, p. 545.

¹⁹ Mendez llaca, *La obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Poder Judicial de la Federación*, página Web: <http://www.mendezllaca.com/2011/07/obligatoriedad-de-las-sentencias-de-la.html>.

militares que comenten delitos contra ciudadanos sean juzgados por tribunales civiles, que en opinión de algunos ministros, la Corte Interamericana se excedió al dictar esta sentencia.

Efectivamente, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente haciendo alusión a lo establecido en un caso contra el Estado Mexicano (que hemos reseñado aquí), el Tribunal mencionado ejerció un control de convencionalidad para interpretar la garantía de acceso a la Justicia.

En tal sentido dicho Tribunal señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin.²⁰

Por otra parte, refiriéndonos al *control de convencionalidad* resulta atinente citar comentarios que al respecto vierte Ignacio Francisco Herrerías Cuevas²¹ al referir que el parámetro del citado control de convencionalidad debe ser también ejercido de oficio por todos los jueces nacionales de todas jerarquías, fueros y especialidades (como parte del Estado) dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales.

b. “*El Triangulo Vital*”

Aquí, nos parece atinente citar comentario expresado por Eduardo Raúl Olivero²²:

Como primer derivación cultural de interés, tenemos así la exigencia de plasmación en el ordenamiento jurídico y en todas las estructuras y vías de manifestación del poder estatal (siguiendo la clásica jurisprudencia de la Corte IDH: desde el conocido caso “Velásquez Rodríguez”) de suficientes técnicas de garantías y de tutela oportuna, útil y efectiva de los derechos fundamentales y de la calidad de vida en democracia (dentro del “triángulo vital” definido por la relación “democracia-desarrollo-derechos humanos” y en el contexto,

²⁰ Control de Convencionalidad: <http://juridicas.unam.mx/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt7>.

²¹ Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México Editorial UBIJUS, 2012, p. 90.

²² Olivero, Eduardo Raúl, *Derecho, saberes sociales y Políticas Públicas: interdependencia entre el rol jurídico, valorativo-cultural y los ámbitos estratégicos e instrumentales*, página Web: http://www.eldial.com/suplementos/Publico/tcdNP.asp?fecha=20/12/2010&id_publicar=24451&numero_edicion=3172&camara=Doctrina&id=5404&vengode=suple&fecha_publicar=20/12/2010.

el lenguaje y los estándares propios de la legalidad supranacional). Esta tarea despliega diversos componentes críticos —que emanan principalmente de la legalidad supranacional: fundamentalmente gracias a la labor de las cortes internacionales y de los diversos comités, comisiones, relatorías, etc.— los que la comunidad jurídica puede intentar desarrollar y precisar respecto del ordenamiento público y de las políticas y medidas públicas vernáculas.

Así, la mejor manera de garantizar el fortalecimiento del régimen democrático es permitiendo la participación social y democrática, permitiendo al pueblo exigir el cumplimiento de las obligaciones que él mismo ha impuesto al estado en materia de rectoría económica, ya que nadie es mas objetivo en cuanto a los resultados de la justa distribución de la riqueza y el ingreso que aquel que sufre en carne propia la escases o la abundancia, que diariamente se enfrenta a la realidad económica y que se ve afectado en su dignidad humana cuando carece de los más elementales satisfactores como producto de la escalada de precios, la inflación, la falta de empleos y salarios dignos, vivienda digna, educación básica, media superior y superior de calidad, etc., cuando todo ello es reflejo de la política estatal en materia de desarrollo.

Como lo hemos reiterado, *el triángulo vital* por su esencia paradigmática es un instrumento de tutela oportuna, útil y efectiva de los derechos fundamentales y de la calidad de vida en democracia (vinculado al principio de convencionalidad).²³

c. “*El mínimo Vital*”

Primero debemos reconocer, que aún cuando el paradigma al que se le ha denominado “El mínimo Vital”, no es producto de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero sí lo es el hecho de ser esencialmente un elemento vinculado a éste por distintos factores.

La renta mínima es una figura relativamente reciente, que desde su aparición en Europa entre los años 1980 y 1990, ha sido adoptada por diversos países, aunque debido a ello, se ha conceptualizado de diversas maneras, como *Renta Mínima*, *Mínimo Vital*, *Subsidios o Pensiones* y en cada país ha tenido diferentes modalidades; empero, retomando los principios que la distinguen

²³ Camargo González, Ismael y Héctor Miguel Rodríguez López, *La probable existencia de derechos humanos y garantías en el artículo 25 constitucional, a la luz de criterios doctrinales* — Revista JUS, año 23, número 19 Julio-Diciembre de 2012 — Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Juárez del Estado de Durango, p.27.

en cada uno de ellos y aplicándola al caso que nos ocupa, decimos que *la Renta mínima* consiste no sólo en ofrecer un ingreso mínimo garantizado y exento de todo gravamen impositivo a favor de los sectores más desprotegidos de la sociedad, entre los que se cuentan los adultos mayores.

La Renta Mínima llamada también *Mínimo Vital*, se encuentra a nuestro juicio íntimamente ligada al *Principio de Convencionalidad* y al *Triángulo vital* por el contenido de sus elementos <democracia, desarrollo y derechos humanos>. Efectivamente, “El goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordenadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad Estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente”²⁴

V. CONCLUSIONES

Del análisis, de las sentencias: Caso Castillo Petruzzi y otros *Vs.* Perú — Sentencia de 30 de mayo de 1999— (*Fondo, Reparaciones y Costas*), Resolución de la corte interamericana de derechos humanos de 19 de mayo de 2011 caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos supervisión de cumplimiento de sentencia y Caso Velásquez Rodríguez *Vs.* Honduras — Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*), se desprenden una serie de elementos que son motivo de estudio en el presente trabajo.

En el primer caso, una importante aportación en relación al “*legitimatio ad causam*”, concluyendo la Corte que en el campo de derecho internacional de los derechos humanos la protección internacional esta desnacionalizada, que basta con que esté legalizada en el derecho interno de cualquiera de los estados partes para que esta opere. Finalmente, este referente sirvió para que la Corte introdujera en su nuevo Reglamento de 2000 la figura del

²⁴ Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual a su vez coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Así, este derecho busca garantizar que la persona —centro del ordenamiento jurídico— no se convierta en instrumento de otros fines, objetivos, propósitos, bienes o intereses, por importantes o valiosos que ellos sean.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, Mayo de 2007, registro IUS número 172545, Tesis 1ª XCVII/2007, visible en la página 793.

locus standi in iudicio esto es, una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa en todas las etapas ante el Tribunal.

En el segundo caso, relativo al nacimiento del *Principio de Convencionalidad* consistente en la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe, las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes o funciones del Estado. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Por último, y no por ello menos importante el tercer caso sentencia, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras — Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*) — Corte Interamericana de Derechos Humanos de la que se destaca la figura paradigmática del *triángulo vital* caracterizado por su conexión íntima con los tres ejes que le dan su nombre: *democracia, desarrollo y derechos humanos*.

En el caso de la *Renta mínima* o *Mínimo Vital*, las consideraciones para incluirlo como paradigma y objeto de estudio obedecen principalmente a su íntima relación con los paradigmas que teóricamente se han denominado como *Principio de Convencionalidad* y *Triángulo Vital* extraídos ambos de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Efectivamente, *Renta mínima* o *Mínimo Vital* se encuentran conectados de manera muy importante a ambos paradigmas por los vectores relacionados con el desarrollo, la democracia y los derechos humanos al garantizar un ingreso mínimo a los sectores más desprotegidos de la sociedad suficiente para vivir dignamente e implica también asegurarles condiciones de subsistencia, elevando su calidad de vida, mediante la satisfacción de sus necesidades básicas y no se vean compelidos a practicar la mendicidad en detrimento de su dignidad humana.

VI. FUENTES DE CONSULTA

BICUDO, Helio, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Sistema de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Tomo I, Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Agencia Es-

pañola de Cooperación Internacional y Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos, San José de Costa Rica 2003.

CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Héctor Miguel, “La probable existencia de derechos humanos y garantías en el artículo 25 constitucional, a la luz de criterios doctrinales”, *Revista JUS*, año 23, número 19 Julio-Diciembre de 2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Juárez del Estado de Durango.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, *Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Organización de los Estados Americanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2005.

HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, Editorial UBIJUS, México 2012.

POUDEVIDA, Raluy, *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*, México, Editorial Porrúa 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “El nuevo reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional” en Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiado, San José de Costa Rica, 2003.

JURISPRUDENCIA — DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXV, Mayo de 2007, registro IUS número 172545, Tesis 1ª XCVII/2007, visible en la página 793.

Medios Electrónicos

http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_19_05_11.pdf; Mendezllaca, La obligatoriedad de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Poder Judicial de la Federación

<http://www.mendezllaca.com/2011/07/obligatoriedad-de-las-sentencias-de-la.html>.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf;

OLIVERO, Eduardo Raúl, Derecho, saberes sociales y Políticas Públicas: interdependencia entre el rol jurídico, valorativo-cultural y los ámbitos estratégicos e instrumentales, página web:

http://www.eldial.com/suplementos/Publico/tcdNP.asp?fecha=20/12/2010&id_publicar=24451&numero_edicion=3172&camara=Doctrina&id=5404&vengode=suple&fecha_publicar=20/12/2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El acceso del individuo a los Tribunales Internacionales*, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, página Web: <http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/04.htm>

LOS DERECHOS SOCIALES: ELEMENTOS PARA UNA LECTURA EN CLAVE NORMATIVA

Miguel CARBONELL*

A la memoria de Jorge Carpizo, infatigable defensor de los derechos humanos y ejemplar maestro del constitucionalismo iberoamericano.

SUMARIO: I. *Fundamento, justificación y antecedentes históricos de los derechos sociales: el modelo del Estado social.* II. *El individuo indefenso.* III. *Los nuevos riesgos sociales.* IV. *El papel del Estado.* V. *El Estado social como Estado constitucional.* VI. *Hacia una visión normativa de los derechos sociales.* VII. *Estrategias de exigibilidad de los derechos sociales.* VIII. *Conclusión.*

Desde hace décadas, la teoría constitucional tiene entre sus problemas más importantes el tema de la eficacia de sus normas. Aunque se trata de una cuestión que afecta, en general, a todas las normas constitucionales, el problema se hace más agudo tratándose de los derechos sociales.

En las páginas que siguen se ofrece una explicación de las dificultades que enfrentamos al intentar hacer eficaces las normas constitucionales a partir de una lectura histórica y conceptual de los derechos sociales y del modelo de Estado que los puede hacer realidad: el Estado social.

I. FUNDAMENTO, JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Cualquier análisis sobre los derechos sociales debe tomar en cuenta o partir de la base de que, para poder ser realizados en la práctica, tales derechos

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

requieren de un cierto modelo de organización estatal¹, de una serie de precondiciones de carácter psicológico y de una base axiológica que permita reconocer el deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás. Ninguna de las tres cuestiones mencionadas se encontraba presente en el primer constitucionalismo, en parte debido a que no lo permitían sus antecedentes históricos más inmediatos. El surgimiento y consolidación de los derechos sociales, con todos los problemas y limitaciones que se quiera, es un aspecto propio de los ordenamientos jurídicos desarrollados, aquellos que han acogido –al menos como ideal– al paradigma del neoconstitucionalismo.²

Los presupuestos necesarios para dotar de eficacia práctica a los derechos sociales y a las normas constitucionales que los contienen se pueden agrupar conceptualmente en la noción de “Estado social”, dado que su nacimiento, desarrollo y expansión es una condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales.³

Para explicar el surgimiento y la crisis del Estado social hay muchas teorías, cada una de las cuales emplea un diferente método de análisis y encuentra una determinada forma de justificación⁴. Es muy posible que a varias les asista parte de razón, pero que ninguna pueda reclamar para sí el monopolio de la verdad en esta materia; en el estudio de procesos históricos marcados por una gran complejidad, que se desarrollan de forma desigual en cada país y que están sujetos a avances y retrocesos, quizá sea más útil tomar perspectivas de varias aproximaciones teóricas, más que centrarse en algún punto de vista; esto es lo que se hará en las páginas siguientes.

¹ Gerardo Pisarello señala, con razón, que “Desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado”, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales” en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 115.

² Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009; id., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

³ Hay que señalar, sin embargo, que la idea de los “derechos sociales” como derechos de rango constitucional es previa al surgimiento del Estado social. Lo que sucede es que dicha idea no puede ser llevada a la práctica de forma completa y coherente justamente por la falta de las estructuras estatales que lo permitan; el surgimiento del Estado social vendrá a significar, entonces, la posibilidad de realizar en la práctica esa idea de los derechos sociales como derechos que deben ser tutelados por el sistema constitucional. Al respecto, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 72 y ss.

⁴ Además de las obras que se mencionan en las siguientes notas, un buen panorama introductorio puede ver en Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.

Las principales justificaciones del surgimiento del Estado social pueden dividirse, siguiendo a Contreras Peláez, en pluralistas y marxistas.⁵

Las justificaciones pluralistas pueden ser divididas, a su vez, en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social surge como respuesta a necesidades objetivas suscitadas por la modernización socio-económica; es decir, en la medida en que el sistema económico va evolucionando y los trabajadores se especializan y emigran a las ciudades, el sistema político debe responder a través de la generación de los contenidos característicos del Estado social. El punto de vista conflictualista defiende que el Estado social es el producto de la presión política de los sectores más desfavorecidos, que a su vez es generada por la ampliación del sufragio y por el ejercicio del derecho de asociación, que permite una acción más eficaz de la clase obrera a través de los sindicatos.

Por su lado, las justificaciones marxistas también pueden ser divididas en funcionalistas y conflictualistas. Para las primeras el Estado social es la respuesta a ciertas exigencias estructurales del capitalismo maduro⁶; entre esas exigencias se encontraba, por ejemplo, la necesidad de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, la necesidad de integrar al movimiento obrero dentro del sistema, abortando cualquier intento de acudir a la vía revolucionaria, etcétera. Para las visiones marxistas conflictualistas el Estado social sería el resultado de una serie de conquistas del proletariado y constituiría un episodio intermedio en la lucha de clases.

Como quiera que sea, el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones⁷:

- A) El individuo es incapaz de satisfacer por sí sólo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas;
- B) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual;
- C) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.

⁵ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 12.

⁶ Sobre este tema había insistido, desde sus primeros trabajos, Jürgen Habermas; por ejemplo en su libro *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1975.

⁷ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

Al tratarse de condiciones, por decirlo de alguna manera, *estructurales* para el desarrollo del Estado social, conviene detenernos brevemente en cada una de los tres incisos que se acaban de enunciar.

II. EL INDIVIDUO INDEFENSO

En las sociedades primitivas, y aún en las sociedades rurales pre-modernas, los individuos seguramente estaban tanto o más indefensos que los habitantes de nuestras sociedades contemporáneas. En los tiempos recientes esa indefensión ha tomado relevancia debido a: a) el cambio en las condiciones físicas o biológicas de nuestra vida social; b) la modificación de la estructura económica relacionada con las condiciones de trabajo; y c) un replanteamiento de las redes de asistencia social. Vamos por partes.

Respecto a las condiciones biológicas, hay que constatar que las personas hoy en día pueden vivir muchos más años que hace unos siglos; esto constituye un avance en toda regla y es uno de los signos más positivos de la modernidad, logrado en buena medida por el desarrollo de las ciencias médicas. Sin embargo, ocurre que al vivir más tiempo, se multiplican las “situaciones de dependencia” y aumenta el porcentaje de individuos que se encuentran en tales situaciones⁸. La vejez, la invalidez y las enfermedades crónicas son fenómenos de nuestro tiempo, que no existían prácticamente en las sociedades antiguas.

Además de eso, el desarrollo de las formas de trabajo y el propio desarrollo tecnológico han propiciado el surgimiento de situaciones “artificiales” de dependencia, como el desempleo, la jubilación obligatoria o el alargamiento de los periodos de formación antes de acceder al mercado de trabajo⁹.

Conforme avanza el proceso de urbanización de las sociedades, las personas se vuelven más indefensas, ya que son incapaces de proveerse por sí mismas de los bienes básicos. Mientras que en las sociedades rurales abundaban los esquemas de auto-abastecimiento en el seno de las familias o de comunidades un poco más amplias, en la vida urbana es casi imposible que una familia pueda auto-generar su propia comida, su ropa, su vivienda y así por el estilo. Se requiere de la ayuda exterior, ya que el habitante de las ciudades es “un ser del todo desamparado”.¹⁰

⁸ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 13.

⁹ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

¹⁰ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., pp. 15 y 16.

Hay una gran diferencia en el sujeto de los derechos sociales propio del siglo XX y la imagen del trabajador del siglo XIX, que tenía una escasa o nula cualificación, que recién había emigrado del campo a la ciudad, que tenía una familia numerosa al no haberse desarrollado los métodos de control de la natalidad y que carecía de la protección de las reglas que luego iban a desarrollarse en materia de ingreso y estabilidad laboral.¹¹

Bajo el nuevo esquema al que me estoy refiriendo, las personas ya no dominan su espacio vital, aunque gozan de una mayor amplitud para realizar sus planes de vida; una amplitud propiciada en primer lugar por el alargamiento de los años de vida, y en segundo término por los desarrollos tecnológicos que han puesto a su disposición una serie de comodidades que hasta hace poco eran impensables. Pero ese nuevo entorno no es un entorno que dominan, sino que está determinado por la concurrencia de otras personas y por la prestación de un sinnúmero de servicios esenciales para la sociedad en su conjunto. Hoy como nunca los unos dependemos de los otros y no solamente de nuestro entorno más inmediato como lo era antes la familia o la gente de nuestra comunidad más inmediata.

Tanto las nuevas condiciones biológicas como las que tienen que ver con la forma de organización laboral desbordan las rutas tradicionales de asistencia social, basadas en la caridad o en el apoyo de la familia, y requieren necesariamente de apoyos exteriores; estos apoyos, a su vez, deben ser institucionalizados para operar eficientemente y gozar de la amplitud necesaria que les permita abarcar a grandes grupos sociales. Es entonces cuando el Estado comienza a hacerse cargo, desplazando de esa forma a las anteriormente conocidas formas de compasión y socorro cristianos, y creando lo que se ha llamado la “burocratización de la compasión”.¹²

III. LOS NUEVOS RIESGOS SOCIALES

En las sociedades contemporáneas nos enfrentamos a riesgos que o no estaban presentes en las sociedades pre-modernas o bien no se consideraban relevantes para el ordenamiento jurídico, de forma que se dejaba a las personas libradas a su propia suerte.

Contreras Peláez recuerda al menos cuatro *factores de vulnerabilidad* que han generado respuestas jurídicas más o menos contundentes durante el siglo XX:

¹¹ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 18.

¹² Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 14.

- a) El *desempleo*, que ha producido el surgimiento de políticas económicas de pleno empleo, seguros contra el desempleo, redes de asistencia social e incluso de pensiones desligadas del carácter de trabajador que pueda o no tener el beneficiario, etcétera;
- b) La *crisis de la familia*; el modelo actual de familia presenta muchas diferencias con respecto al modelo anterior; su nueva organización requiere de formas de auxilio externo, que permitan que se haga frente a los riesgos sociales colectivamente, sobre todo en el caso de familias monoparentales (un adulto viviendo con menores de edad), familias de ancianos, familias que tienen a su cargo personas con discapacidad, etcétera¹³;
- c) el *factor del sexo*, que ha generado procesos de “feminización de la pobreza”, que afecta principalmente a madres solteras, madres con familia numerosa y bajos ingresos y a ancianas que viven solas; y
- d) la *inmigración*; en la actualidad, son los inmigrantes uno de los eslabones más débiles de las sociedades desarrolladas, pues en ellos se presentan, acentuadas, varias de las anteriores características: desempleo, desintegración familiar, exceso de cargas para la mujer, escasa preparación para el trabajo, dificultades de integración social, etcétera¹⁴.

Aparte de lo anterior, algunos desarrollos tecnológicos han contribuido también a generar nuevos riesgos sociales; esto se percibe claramente al analizar el aumento de los accidentes de trabajo o las enfermedades derivadas de riesgos laborales. La tecnología incide, a veces negativamente, en el disfrute de los derechos fundamentales.¹⁵

Tradicionalmente, la responsabilidad por los riesgos personales era de carácter individual; es decir, quien causaba el daño era el obligado a repararlo: se trata del clásico esquema de la responsabilidad civil. Con el paso del tiempo y el aumento de los riesgos como consecuencia del desvalimiento del individuo, se consideró que era necesario cambiar este esquema para

¹³ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, Barcelona, Paidós, 2003.

¹⁴ Ver sobre el tema de la migración y los derechos fundamentales, Carbonell, Miguel, “Libertad de tránsito y fronteras: la gran cuestión del siglo XXI” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coordinadores), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 103-124. Sobre la migración y las fronteras, puede verse el excelente ensayo de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

¹⁵ Doménech Pascual, Gabriel, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEPC, 2006.

avanzar hacia una “socialización del riesgo”, es decir, hacia la creación de mecanismos institucionales que fueran capaces de responder frente a los riesgos sociales.

Para tal efecto, el Estado debe actuar en dos frentes: la promoción del bienestar y la atenuación o compensación del sufrimiento¹⁶. Lo anterior conlleva la necesidad de que el Estado actúe frente al infortunio (accidentes de trabajo) y frente a la necesidad (seguro de desempleo, pensiones de viudedad, por jubilación, por incapacidad, etcétera). De esta manera, surgen lo que hoy conocemos como los modernos sistemas de seguridad social, que encuentran sus antecedentes en las “Leyes de Bismarck”, dictadas a partir de 1883; entre ellas se encuentran la Ley de seguro de enfermedad y maternidad de 1883, la Ley de accidentes de trabajo de 1884 y la Ley de seguro de enfermedad, jubilación y defunción de 1889.¹⁷

La seguridad social, tanto por medio de la asistencia en caso de siniestro o la cobertura de riesgos (accidentes laborales, acceso a medicinas, etcétera), o bien a través de la cobertura de situaciones de necesidad (vejez, invalidez, etcétera) es una de las claves y de los signos distintivos del Estado social; quizá sea su nota más presente y representativa, pues a pesar de los varios modelos que existen de Estado social y de las diferentes configuraciones que cada uno de ellos puede tener en un contexto histórico o geográfico, lo que es obvio es que no puede hablarse de Estado social si no se cuenta con un sistema de seguridad social. Como lo señala Benda, la “Seguridad social es una expresiva traducción del postulado del Estado social”.¹⁸

IV. EL PAPEL DEL ESTADO

Los dos factores que se acaban de analizar (la mayor vulnerabilidad del individuo y la necesidad de hacer frente *socialmente* a los riesgos) exigen que se asuma un nuevo papel por parte del Estado. Esta es una de las transformaciones que en mayor medida van a afectar a la teoría de los derechos fundamentales y a los procesos de legitimación de los poderes públicos en relación con estos derechos.

Hay que recordar que, para el primer constitucionalismo, los derechos tenían que imponerse *frente* al Estado; es decir, los derechos se consideraban

¹⁶ Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 22.

¹⁷ Ochendo Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, métodos y teorías explicativas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 28.

¹⁸ Benda, Ernesto, “El Estado social de derecho” en VV.AA., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 536.

como una especie de valladar frente a las intromisiones de una estructura estatal que, antes de los movimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos, se conducía de manera despótica y no estaba sujeto a más límites que la voluntad del emperador, del rey o del caudillo.¹⁹

Sin embargo, en el modelo del Estado social, los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de carácter social. Se entiende ahora que también la concentración de la riqueza y el avance tecnológico no sujetos a reglas pueden vulnerar los derechos fundamentales.²⁰

De esta manera, la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute de los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente. Como lo señala Luigi Ferrajoli, en el Estado social se genera un cambio en los factores de legitimidad del Estado, pues

mientras el estado de derecho liberal debe sólo *no empeorar* las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado de derecho social debe también *mejorarlas*; debe no sólo no representar para ellos un inconveniente, sino ser también una ventaja. Esta diferencia va unida a la diferente naturaleza de los bienes asegurados por los dos tipos de garantías. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones sirven para defender o conservar las condiciones *naturales* o pre-políticas de existencia: la vida, las libertades, las inmunidades frente a los abusos de poder, y hoy hay que añadir, la no nocividad del aire, del agua y en general del ambiente natural; las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender o adquirir condiciones *sociales* de vida: la subsistencia, el trabajo, la salud, la vivienda, la educación, etcétera. Las primeras están dirigidas hacia el pasado y tienen como tales una función conservadora; las segundas miran al futuro y tienen un alcance innovador.²¹

Como ya se ha mencionado, los primeros derechos sociales –que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales– surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.

¹⁹ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011.

²⁰ En este sentido, Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

²¹ *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 862.

Las reivindicaciones sociales se trasladan al Estado, que comienza a incorporar entre sus funciones la de asistencia social. Sin embargo, los movimientos obreros insisten en que no se trata de sustituir la caridad privada por una caridad pública, sino de generar un conjunto de *derechos* que protejan a los trabajadores y a sus familias. La responsabilidad del Estado debe ser entendida, en consecuencia, como una responsabilidad *jurídica*, garantizada incluso a nivel constitucional, de forma que la persona *necesitada* deje de ser *objeto* de la relación asistencial y se convierta en un *sujeto* portador de derechos.²²

Se puede afirmar, intentando hacer una síntesis de algunas cuestiones que ya se han mencionado, que el Estado social se caracteriza por las siguientes notas:²³

- a) Se constituye como un amplio pacto social, cuyos principales actores son el Estado, los trabajadores, las clases medias urbanas y los empresarios;
- b) Busca atender las necesidades de grandes sectores sociales, principalmente a través de servicios de salud, vivienda y educación;
- c) Cumple un papel estabilizador de la demanda interna mediante el impulso del consumo gubernamental;
- d) Procura la paz social al institucionalizar vías reformistas, que sustituyen a las vías revolucionarias;
- e) Posibilita un marco de crecimiento económico continuo, sostenible y equilibrado;
- f) Crea un régimen fiscal redistributivo; y
- g) Constituye un amplio sector público, dotado de importantes funciones regulativas y, en algunos casos (de forma subsidiaria), directamente productivas.

V. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

Aunque cronológicamente las primeras disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales se encuentran en las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919,²⁴ no es sino hasta la Ley Fundamental de

²² Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, cit., p. 41.

²³ Carbonell, José, "Estado de bienestar" en VV.AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2005, p. 229.

²⁴ Para una primera aproximación al surgimiento del constitucionalismo social en la Constitución de Weimar, ver Carmona Cuenca, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 43 y ss.

Bonn, de 1949, cuando la fórmula del “Estado social de derecho” adquiere reconocimiento constitucional.²⁵

En las primeras fórmulas de consagración de derechos sociales (así por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana²⁶), más que el reconocimiento constitucional de una nueva forma de Estado, lo que se hacía era dar cobertura en el texto de la Carta Magna a los derechos de grupos sociales tradicionalmente marginados; así por ejemplo, trabajadores y campesinos, que eran grupos que habían alimentado los movimientos revolucionarios de las primeras décadas del siglo XX y que constituían la base social indispensable para la legitimación de los poderes públicos.

En cambio, en los textos de la segunda posguerra, dictados después de 1945, lo que se observa es la consagración constitucional de todo un entramado jurídico, un verdadero cambio de paradigma constitucional. Es entonces cuando podemos decir que el Estado social se consolida y, a partir de ese momento, comienza un importante proceso de expansión, tanto desde el punto de vista de sus contenidos como desde una perspectiva geográfica al incrementarse el número de países que intentan adaptarse a sus principios.²⁷

No se trata solamente de que la Constituciones contengan solemnes manifestaciones de principio (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”, dispuso el conocido artículo 20.1. de la Ley Fundamental de Bonn²⁸; “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, señala el artículo 1.1. de la Constitución española de 1978), sino que a ellas se les acompaña un conjunto de preceptos para hacer posible la intervención del Estado en la sociedad y para asignar a los poderes públicos las responsabilidades concretas que se derivan de la idea general según la cual deben tutelar la “procura existencial”.

²⁵ Carmona Cuenca, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, cit., pp. 57 y ss.

²⁶ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 5ª edición, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2012, capítulo cinco.

²⁷ Cfr. Ochando Claramunt, Carlos, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, cit., pp. 32-33.

²⁸ De la misma Constitución es interesante también ver el artículo 28. La importancia dada a la forma del Estado social recogida en el artículo 20 se refleja en la prohibición de que sea reformada, tal como lo dispone el artículo 79; estamos en presencia de lo que la teoría de la reforma constitucional denominada una “cláusula pétrea”. Para una introducción al estudio de los derechos sociales en Alemania, de entre lo mucho que se ha escrito, puede verse Weber, Albrecht, “Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania” en Muñoz Machado, Santiago y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas, Escuela Libre Editorial, 2000, pp. 569 y ss.

¿Qué cuadro del ordenamiento jurídico en general tenemos luego de la constitucionalización del Estado social? Siguiendo a Abramovich y Courtis, podemos sostener lo siguiente:²⁹

- A) Se introducen dimensiones colectivas en el derecho, lo que ocurre a través de la construcción de sujetos de derecho colectivos (sindicatos, grupos de consumidores, etcétera), a través de la articulación de instancias y facultades de negociación colectivas y con la construcción de categorías colectivas o grupales (la noción de medio ambiente, de grupo vulnerable o de salud pública).
- B) Se toman en cuenta las desigualdades reales y no simplemente las formales; esto genera a su vez nuevas pautas interpretativas (como las que se expresan en las conocidas fórmulas *favor operatori* o *favor consumatoris*) y nuevas reglas procesales (por ejemplo en materia de carga probatoria, de presunciones en favor de partes procesalmente débiles, etcétera).
- C) Se establecen límites a la autonomía de la voluntad; en áreas tradicionalmente dejadas al libre acuerdo de las partes entran en funcionamiento conceptos de orden público y de protección a la dignidad de las personas que pueden generar nulidades contractuales y un importante control estatal de la oferta de bienes públicos y servicios.
- D) En relación con el inciso anterior, se limita el ámbito de actuación sujeto a mecanismos contractuales, regulados ahora –con las reglas del Estado social– por medio de leyes; esto produce un efecto de desmercantilización de algunos sectores como resultado del avance del derecho público sobre el derecho privado.
- E) Se modifican los criterios de asignación de responsabilidades civiles, como consecuencia del cambio de óptica en materia de generación de riesgos (varios de los cuales se “socializan”, para efecto de proteger a las personas más indefensas) y de distribución de costos.
- F) Se amplían las funciones estatales; al asumir el Estado las tareas relacionadas con la realización efectiva de los derechos sociales, los órganos públicos se multiplican y la burocracia crece de forma sensible. El Estado no se limita a ejercer funciones regulatorias, sino que se reserva para sí ciertas áreas que se consideran estratégicas, lo que conlleva una ampliación de funciones y del gasto público.

²⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2004, pp. 54-56.

- G) Se incorporan al ordenamiento acciones procesales de carácter colectivo, a través de la ampliación en las posibilidades de acceso a los tribunales (acciones de cumplimiento, acciones de tutela, acciones de clase, etcétera) y por medio de la tutela de bienes colectivos.

En todo caso, importa en este momento subrayar que la constitucionalización del Estado social es una tendencia firme del constitucionalismo contemporáneo, que ha conllevado un cambio de paradigma para el constitucionalismo y para la democracia, quizá el más importante en el desarrollo del Estado constitucional en el siglo XX³⁰, con el objetivo de proteger de mejor manera valores esenciales de las sociedades modernas; tales valores, bajo ese nuevo paradigma, adquieren una protección inédita en otros tiempos al ser reconocidos como derechos fundamentales.

VI. HACIA UNA VISIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales tienen que ser entendidos —dejando atrás las concepciones tradicionales de signo fuertemente conservador— como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno. La plena exigibilidad requiere de la creación de una sólida teoría de los derechos sociales, así como de la puesta en marcha de nuevos mecanismos procesales o del mejoramiento de los ya existentes.

Lo anterior significa que, por poner un ejemplo, el derecho a la vivienda genera obligaciones lo mismo para las administraciones públicas, que para los Congresos o parlamentos, o que el derecho a la salud debe ser también y en primer término resguardado por el legislador, de forma que en la ley se definan concretamente las obligaciones del Estado en la materia, así como las prerrogativas de los particulares frente a los órganos públicos para poder hacer efectivas dichas obligaciones. En idéntica situación se encuentran el resto de derechos sociales, los cuales despliegan posiciones subjetivas en favor de todas las personas, a la vez que generan obligaciones para los poderes públicos, en todos sus niveles.

Para poder desarrollar plenamente la normatividad de los derechos sociales hace falta trabajar —entre otras— en dos cuestiones concretas:

³⁰ Como afirma José Carbonell, “Sin duda, puede afirmarse que el resultado más importante del proceso de modernización de la segunda mitad del siglo XX fue la irrupción del componente social dentro de los principios organizativos y rectores de las democracias contemporáneas”, “Estado de bienestar”, cit., p. 231.

1. *El contenido de los derechos sociales*

La primera es la que consiste en determinar el contenido semántico y los alcances concretos de cada derecho social; así por ejemplo, se debe estar en capacidad de determinar qué significa específicamente que la Constitución mexicana establezca el derecho a una vivienda “digna y decorosa”; ¿en qué consiste y qué alcances tiene la “dignidad” y el “decoro” de la vivienda?, ¿cuándo se viola ese mandato constitucional?, ¿qué debe hacer el Estado para darle cumplimiento?, ¿qué significa que la misma Constitución reconozca el derecho a un medio ambiente “adecuado”?, ¿cuándo el medio ambiente deja de ser adecuado?, ¿qué corresponde hacer a los particulares y qué a las autoridades para preservar el medio ambiente? Y así por el estilo para todos los derechos sociales.

Las dificultades de determinación del contenido de los derechos sociales sin duda que existen y sin duda que son un obstáculo que hay que superar para poder hacer plenamente normativos esos derechos, pero no hay que ver en ello un problema insuperable; puede decirse que lo mismo sucede con los derechos de libertad; ¿cómo entender los alcances del derecho a la intimidad?, ¿qué significa el concreto la libertad de procreación?, ¿cuáles son los límites de la libertad de expresión y cuáles las obligaciones del Estado para protegerla? La apertura semántica no puede significar, por sí sola, una pérdida de los efectos normativos que pueden derivar de los derechos sociales.

La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social³¹. Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho³². También es una función de la ciencia jurídica, pues en

³¹ Para Abramovich y Courtis, la determinación de esas obligaciones mínimas es quizá “el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en las elaboraciones de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto”, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 38-39.

³² Al respecto Luigi Ferrajoli, en una observación que se dirige también al tema de la exigibilidad procesal de los derechos sociales, señala que “... sería necesario que las leyes en materia de servicios públicos no sólo establecieran contenidos y presupuestos de cada derecho social, sino que identificasen también a los sujetos de derecho público investidos de las correlativas obligaciones funcionales; que toda omisión o violación de tales obligaciones, al comportar la lesión no ya de meros deberes o a lo sumo de intereses legítimos sino directa-

la medida en que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico.

De forma preliminar, hay que mencionar que el surgimiento de los derechos sociales representa un cambio profundo respecto a la concepción que sobre los derechos se tenía en el primer liberalismo y que supone también una modificación sustancial en relación al entendimiento del papel del Estado en materia de derechos fundamentales.

De ser entendidos como *derechos de defensa*, en la actualidad los derechos fundamentales pasan a ser *derechos de participación democrática* y también, como sucede con algunos aspectos de los derechos sociales, *derechos a prestaciones* suministradas por el Estado³³. No es posible plantear, en la materia que nos ocupa, puntos de vista ingenuos: los derechos sociales, para ser realizados, requieren de una cierta organización estatal, necesitan de un apoyo social, de un conjunto de actitudes cívicas y un compromiso democrático serio.

2. La exigibilidad procesal

La segunda cuestión en la que se tiene que trabajar en materia de derechos sociales es en la denuncia de la inexistencia, dentro de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos, de vías procesales idóneas para hacerlos exigibles, así como en la necesidad de crear esos medios de defensa, de forma que sus violaciones puedan ser llevadas ante los tribunales o ante otros órganos protectores de los derechos fundamentales.

Que esas vías no existan, como ya se ha dicho, no significa que los derechos sociales no obliguen de forma plena a los órganos públicos; implica simplemente, lo cual no es poco desde luego, que sus violaciones no podrán ser reparadas por medio de juicios llevados ante los tribunales nacionales. En este contexto, a la ciencia jurídica le corresponde el deber de sugerir vías

mente de derechos subjetivos, diera lugar a una acción judicial de posible ejercicio por el ciudadano perjudicado; que la legitimación activa fuera ampliada, en los derechos sociales de naturaleza colectiva, también a los nuevos sujetos colectivos, no necesariamente dotados de personalidad jurídica, que se hacen portadores de los mismos; que, en suma, junto a la *participación política* en las actividades de gobierno sobre las cuestiones reservadas a la mayoría, se desarrollase una no menos importante y generalizada *participación judicial* de los ciudadanos en la tutela y la satisfacción de sus derechos como instrumento tanto de autodefensa cuanto de control en relación con los poderes públicos”, *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2000, p. 918.

³³ González Moreno, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-20; sobre el concepto de los “derechos a prestaciones”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2000 (3ª reimpresión), pp. 419 y ss.

alternativas a la de los tribunales para exigir los derechos sociales, así como proponer la creación de procedimientos de carácter judicial para subsanar la laguna que se genera a partir de su inexistencia.

Hay que señalar, sin embargo, que las vías procesales no agotan los medios de exigibilidad de los derechos fundamentales; aunque los expertos indican que el reconocimiento universal de los derechos sociales, económicos y culturales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho, no hay que pensar que el poder judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos; hay otros mecanismos que pueden ser tanto o más eficaces³⁴. Es importante considerar lo que se acaba de decir, sobre todo en el caso de México y de otros países de América Latina, puesto que de lo contrario se podría llegar a concluir –erróneamente– que la imposibilidad de plantear la violación de un derecho social ante un juez equivaldría a la imposibilidad de hacerlo exigible, lo que no me parece exacto.

VII. ESTRATEGIAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar algunas posibles líneas estratégicas para hacer exigibles los derechos sociales; es decir, si se acepta en primer lugar que los derechos sociales no son puras quimeras, y si se acepta también, en segundo término, que del hecho de que algunos de ellos actualmente no se puedan demandar ante un juez por todos sus destinatarios no se desprende la imposibilidad de crear esas vías jurisdiccionales hoy inexistentes, se hace entonces necesario explicitar con cierto grado de detalle todos los argumentos que nos permitan sostener, al contrario de lo que hace la teoría tradicional, una visión normativa plena de los derechos sociales. A ello se dedican las páginas siguientes.

1. *El tema de las diferencias estructurales entre derechos sociales y derechos civiles*

Una de las primeras cuestiones que hay que poner en claro para desarrollar la exigibilidad plena de los derechos sociales, es que no existen dife-

³⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 111 y siguientes.

rencias estructurales de tal magnitud que hagan completamente diferentes a estos derechos de los derechos civiles y políticos (también llamados derechos de libertad o sencillamente libertades públicas).³⁵

De hecho, aunque es evidente que cada uno de los derechos fundamentales tiene un contenido diverso y despliega en consecuencia efectos normativos diferentes (por ejemplo, no es lo mismo el derecho a la información que la libertad de expresión; de igual manera, no tienen contenidos idénticos la libertad de industria y la libertad de tránsito), no puede decirse que exista algo así como una *diferencia genética o estructural* entre los derechos sociales y los derechos de libertad.

Contrariamente a lo que podría parecer, también los derechos de libertad requieren, para poder tener relevancia práctica y no quedar como buenos deseos contenidos solamente en el texto de las constituciones, de actuaciones positivas del Estado, las cuales conllevan en no pocas ocasiones importantes erogaciones económicas; conjugan por tanto obligaciones de *no hacer* y obligaciones de *hacer* para las autoridades³⁶. Lo mismo sucede con los derechos sociales, que generan para la autoridad tanto obligaciones de abstención como obligaciones de *realización*, que requieren de actividades prestacionales en muchos casos.

Por otro lado, hay sectores de los derechos sociales que entrañan libertades en sentido estricto, como por ejemplo el derecho de huelga o la libertad sindical, que frente a las autoridades generan obligaciones de no hacer, de abstención y de respeto (además de obligaciones de tutela, como en el caso de todos los derechos); en una situación parecida se encuentran aquellos derechos de los trabajadores que no requieren *prima facie* de prestaciones del Estado para poder ser realizados, como el derecho a un día de descanso semanal, la limitación de la jornada laboral o el derecho a las vacaciones.

³⁵ Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 59 y siguientes.

³⁶ Abramovich y Courtis lo explican con las siguientes palabras: "...el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)... (los derechos de libertad) conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado", *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 23-24.

No hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas. Podríamos decir, en consecuencia, que un análisis detenido de las categorías “derechos civiles” y “derechos sociales” nos permitiría concluir que no hay elementos suficientes para establecer una división clara entre ellas, y que las diferencias que pueden existir son más de grado de que sustancia; a partir de esa conclusión se puede defender también la tesis de la indivisibilidad y de la inter-dependencia de los derechos. Gerardo Pisarello ejemplifica parte de lo que se acaba de decir con las siguientes palabras:³⁷

...todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone... la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios.

Para fundamentar lo dicho en los párrafos anteriores hay que considerar también que, en el caso de algunos derechos sociales, existen derechos

³⁷ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29 y 30.

de libertad tendientes a proteger bienes jurídicos prácticamente idénticos a los que tutelan aquellos; así por ejemplo, existe una libertad de trabajo, antecedente del derecho *social* al trabajo; de la misma forma, existe una *libertad de educación*, indisolublemente vinculada con el derecho *social* a la educación.

Una vez que se tiene claro lo anterior, no deben existir reticencias hacia el despliegue de efectos normativos plenos y directos de los derechos sociales; estos efectos deben ser exigibles incluso en sede judicial. La teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar en vías idóneas de exigencia de los derechos sociales, sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio. Pero lo anterior no obsta para señalar con rotundidad que los derechos sociales *obligan*, que no son *buenos deseos* o *programas políticos*, sino simplemente normas jurídicas y que como tales deben ser vistos, analizados y aplicados.

A partir de relativizar las diferencias entre derechos civiles y derechos sociales, como ya se apuntaba, se puede desarrollar el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, que fue plenamente reconocido por la Declaración y Programa de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial que se llevó a cabo en esa ciudad en 1993; en el punto I.5 de dicho documento se afirma que

Todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Todo lo anterior no obsta para reconocer que los derechos sociales tienen un indudable componente prestacional, pues suponen la necesidad de que el Estado lleve a cabo un despliegue importante de actuaciones, muchas de ellas de carácter administrativo, para hacer efectivos los mandamientos relacionados con esos derechos.

¿Qué significa que los derechos sociales sean, en parte, *derechos a prestaciones*? Robert Alexy lo explica de la siguiente manera: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de par-

ticulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”³⁸.

Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios) constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera.

Se podría decir, en otras palabras, que los derechos sociales se regulan constitucionalmente como *mandatos de optimización*, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abiertas las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas redactadas en forma de principios, los cuales, según Alexy, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”; los principios, en opinión de este autor, “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.³⁹

La obligación de suministrar prestaciones vincula a todos los poderes, no simplemente a las autoridades de carácter administrativo. Desde luego, obligan también al legislador, como lo veremos enseguida.

2. *Las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales*

En virtud de que aspectos sustanciales de los derechos sociales se satisfacen a través de prestaciones a cargo del Estado, es necesario examinar cuáles son en concreto las obligaciones por medio de las cuales se cumple con esas prestaciones y si existen o no parámetros normativos que las enmarquen. Esto es importante porque nos ayuda a definir el alcance semántico de los derechos sociales, lo cual es una condición para poder desarrollar la plena exigibilidad de los mismos.

A. *Obligaciones generales*

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos sociales (o incluso, en términos más generales, en rela-

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 482.

³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

ción a todos los derechos fundamentales) tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.⁴⁰

La obligación de respetar significa que el Estado –lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten– debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General número 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su Quinto Periodo de Sesiones, en el año de 1990⁴¹.

La mencionada Observación toma como punto de partida el texto del artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente: “Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en

⁴⁰ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, número 43, Ginebra, diciembre de 1989, p. 48.

⁴¹ Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 497 y ss.

particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Aunque en su conjunto es del máximo interés, del artículo transcrito conviene preliminarmente subrayar tres expresiones: a) todo Estado Parte “se compromete a tomar medidas... por todos los medios apropiados”; b) “hasta el máximo de los recursos de que disponga”; y c) “para lograr progresivamente”.

A partir del texto del artículo 2.1. el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados Partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.⁴²

B. *Tomar medidas adecuadas*

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos establecidos en el Pacto sin discriminación alguna, como lo reitera el mismo artículo 2 del Pacto, en su apartado 2. Esta obligación es inmediata y no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la Observación General número 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto tras la suscripción del Pacto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa:

significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.⁴³

Entre las primeras medidas a tomar se encuentran las de carácter legislativo, lo cual supone fundamentalmente dos cuestiones: la primera consiste en recoger en el ordenamiento jurídico interno todos los derechos que establece el Pacto, de forma que no quede duda sobre su vigencia dentro del

⁴² Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 48.

⁴³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 79 y 80.

territorio del Estado Parte; la segunda consiste en adecuar el ordenamiento interno para el efecto de eliminar cualquier norma que sea contraria a esos derechos o que pueda suponer un obstáculo para su completa realización.

Hay que enfatizar el hecho de que la legislación nacional no solo debe ser *no contradictoria* con los instrumentos jurídicos internacionales, sino que debe contener las disposiciones necesarias para hacer de ellos normas completamente aplicables por las autoridades locales.

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus Observaciones Generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.⁴⁴

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico, los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos. Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutaban de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute.⁴⁵

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un sólo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar el significado de muchos contenidos sustantivos del Pacto⁴⁶. En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como

⁴⁴ Se trata de la Observación General número 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19º periodo de sesiones, en el año de 1998; la cita está en el párrafo 3; esta Observación General es importante porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la Observación General número 3. La número 9 es consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, tomo I, cit., pp. 550 y ss.

⁴⁵ En este sentido, Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

⁴⁶ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 119.

quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.⁴⁷

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”, previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo. En este sentido, hay que decir que en algunas disposiciones del Pacto pueden encontrarse medidas concretas que los Estados deben tomar para implementarlo. Por ejemplo, en el artículo 13.2. se establece que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita para todos como medida para realizar el derecho a la educación. El Comité ha recalcado que aunque en el texto del Pacto se utilicen supuestos ejemplificativos o ilustrativos (como en los artículos 6.2, 11.2, 12.2, 13.2 o 15.2), no por ello dejan de ser obligatorios.⁴⁸

En principio, cada Estado Parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, porqué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

C. *Creación de recursos legales para defender los derechos sociales*

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la Observación General número 9 el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados Parte.

En esta Observación el Comité reconoce que no se trata solamente de crear recursos judiciales, sino de implementar un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”. Dentro de esos recursos se encuentran también los judiciales, pero no son los únicos ya que el Comité reconoce que los recursos administrativos “en muchos casos son adecuados”, ya que “quienes viven

⁴⁷ Observación General número 9, párrafo 5.

⁴⁸ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 116.

bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”. Los recursos administrativos, no obstante, deben reunir ciertas características, como por ejemplo ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces; en cualquier caso, debe existir la posibilidad de plantear una apelación judicial contra todo proceso administrativo (OG número 9, párrafo 9).

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos sociales y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una pre-condición para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité la aplicabilidad inmediata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG número 9, párrafo 10).

Respecto de la aplicabilidad inmediata el Comité realiza una consideración importante en los siguientes términos:

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG número 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan

el planteo adecuado del caso”.⁴⁹ Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados Parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger derechos civiles y políticos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger derechos sociales.

El Comité señala que para la mejor aplicación del Pacto a nivel interno es importante informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del propio Pacto, así como explicarles la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación (OG número 9, párrafo 11). Esto es muy importante, sobre todo porque en muchos países los tribunales en términos generales desconocen los contenidos del Pacto (lo mismo sucede, por otro lado, con los abogados), lo que genera que en la práctica se aplique escasamente. Reconociendo esa situación el Comité afirma que “En la mayoría de países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto” (OG número 9, párrafo 13).

El texto del Pacto, reconoce el Comité, puede aplicarse dentro de una amplia variedad de sistemas políticos y económicos, de forma que no está condicionada la protección de los derechos a la adopción de uno de ellos, siempre que queden adecuadamente reconocidos y estén reflejados en el sistema de que se trate (OG 3, párrafo 8).

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender los derechos sociales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”⁵⁰. A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa juris-

⁴⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

⁵⁰ Para una introducción al tema ver Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

diccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia reconocieron por décadas para promoverlo, misma que ha sido ampliada por la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.⁵¹

D. *Obligación de progresividad y prohibición de regresividad*

La obligación de “lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos” implica el reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales no podrá lograrse en un periodo breve de tiempo (OG número 3, párrafo 9).

Pero lo anterior no significa que se prive a la obligación contenida en el artículo 2.1. de todo contenido significativo. Por el contrario, la obligación de progresividad significa antes que nada que los esfuerzos en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena el artículo 11 del Pacto.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.⁵²

Sobre este punto el Comité señala que “todas las medidas de carácter deliberadamente restrictivo en este aspecto deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (OG número 3, párrafo 9).

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los po-

⁵¹ Ver las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003; un estudio actualizado del tema se encuentra en Ferrer MacGregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo*, México, Porrúa, UNAM, 2013.

⁵² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94. Ver también Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., pp. 64-66.

deres legislativo y ejecutivo en relación con los derechos sociales, es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).⁵³

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.⁵⁴ Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:⁵⁵ a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; b) el carácter imperioso de la medida; y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimo de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.⁵⁶

E. Destinar el máximo de recursos disponibles

La obligación establecida en el artículo 2.1. del Pacto, consistente en destinar “el máximo de los recursos de que disponga” a la realización de los derechos establecidos en el propio Pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del Pacto.

La misma obligación genera para los Estados Parte la carga de la prueba a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado.

La obligación de informar y de transparentar la gestión pública es muy importante para el caso de todos los derechos sociales, especialmente en derechos como la salud o la vivienda que involucran un monto considerable de recursos y que suponen grandes zonas de opacidad en el funcionamiento de la administración pública.

⁵³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 95.

⁵⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 105.

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 109.

⁵⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 110.

F. Periodos de crisis y niveles mínimos de los derechos sociales

Para efecto de cumplir con la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no obsta el hecho de que un país se encuentre en periodo de “ajuste estructural” o pasando por una crisis económica, pues aparte de que los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo, el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles.

En periodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados⁵⁷: “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos –afirma el Comité– causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG número 3, párrafo 12).

Junto a lo anterior, los Estados Parte deben también estar en condiciones de ofrecer unos *niveles mínimos* de satisfacción de los derechos. El Comité ha señalado que “Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (OG número 3, párrafo 10).

Si en un Estado Parte no se pudieran satisfacer esos niveles mínimos se estaría frente a una “presunción de culpabilidad” del Estado en el incumplimiento de las disposiciones del Pacto; esta presunción puede ser derrotada si el Estado en cuestión demuestra que la situación de crisis ha sido de tal magnitud que ha estado fuera de su control y de sus posibilidades la satisfacción de los niveles mínimos en materia de derechos sociales.

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión pero con flexibilidad los eventuales incum-

⁵⁷ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 139.

plimientos de los Estados parte⁵⁸. Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan medibles, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la morti-natalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.⁵⁹

En relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo en relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; en relación a ellos el Estado debe suministrar una protección especial.⁶⁰

Como señala Eide, “El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las

⁵⁸ Craven, Matthew, *The international covenant on economic, social and cultural rights. A perspective on its development*, cit., p. 143.

⁵⁹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91 y 92.

⁶⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 92.

normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos”.⁶¹

VIII. CONCLUSIÓN

Si quisiéramos intentar resumir las principales ideas que tendría que incorporar una teoría constitucional comprometida con la eficacia de los derechos sociales, quizá tendríamos que subrayar las siguientes obligaciones a cargo de los poderes públicos (las cuales, por otro lado, sintetizan lo que se ha dicho en los apartados anteriores):

- a) Tutelar los derechos sin discriminación.
- b) Tomar todas las medidas apropiadas para hacer efectivos los derechos dentro de su territorio.
- c) Demostrar que las medidas tomadas son las más apropiadas para alcanzar los objetivos del Pacto.
- d) Establecer vías judiciales para llevar ante los tribunales las posibles violaciones a los derechos señalados.
- e) Lograr progresivamente la satisfacción de los derechos establecidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, entendiendo por progresividad la obligación de hacerlo de manera inmediata y continúa.
- f) No dar marcha atrás en los niveles de realización alcanzados, puesto que está prohibida o severamente restringida la regresividad.
- g) Destinar el máximo de recursos disponibles a cumplir con los derechos sociales fundamentales.
- h) Acreditar que en efecto se ha destinado el máximo de recursos disponibles.
- i) En periodos de crisis, priorizar la protección de los miembros más vulnerables de la sociedad; y
- j) Asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos, los cuales deben ser mantenidos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales.

⁶¹ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 54.

APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

In memoriam de Jorge Carpizo

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Cuál debe ser el número adecuado de los órganos constitucionales autónomos?* III. *¿Por qué se incrementan en número?* IV. *¿Cuándo se justifica constituirlos?* V. *¿Cómo deben funcionar para respetar en los Estados Federales las competencias de las autoridades locales y municipales?* VI. *¿Cómo se han constituido y para qué en América Latina?* VII. *¿Qué variantes presenta el modelo latinoamericano en relación con el modelo Europeo?* VIII. *¿Cuál es el futuro en América Latina de estos órganos?* IX. *¿Se requiere una nueva teoría constitucional merced a la existencia de los órganos constitucionales autónomos?* X. *¿Qué han aportado a la democratización de América Latina y a la consolidación del Estado constitucional?* XI. *¿Cuáles son sus debilidades, en particular sus déficits de legitimidad democrática?* XII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Las transiciones a la democracia que en América Latina ocurrieron en los años ochentas y noventas del siglo pasado, consistieron casi siempre en su faceta institucional, en modificaciones parciales al entramado jurídico, sin que ello necesariamente haya implicado la transformación sustantiva de los regímenes y de los Estados –salvo algunas excepciones en donde se inauguró un nuevo constitucionalismo latinoamericano-. Una consecuencia de los cambios parciales y fragmentarios a Constituciones y leyes es que en los países en los que así se dio el proceso de cambio democrático no se ha podido establecer definitiva y plenamente la democracia y el Estado Constitucional de Derecho.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Algunos estados de la región son Estados fallidos –han perdido el monopolio legítimo de la fuerza en la totalidad de sus territorios, sus gobiernos no poseen suficiente legitimidad democrática y, son ineficaces para garantizar la seguridad de sus habitantes y otros derechos fundamentales, sobre todo los de carácter económico, social y cultural¹- ya sea por la presencia de las guerrillas, del crimen organizado o, simplemente por la incapacidad de los Estados. Adicionalmente, el esquema de integración mundial no favorece a los Estados latinoamericanos que han visto limitada su soberanía nacional en condiciones de asimetría con los Estados Unidos, otros países desarrollados del orbe y frente a las empresas multinacionales.

Ante el anterior esquema en donde el Estado Constitucional ni la democracia se consolida, en donde la integración mundial hace perder al Estado-nación capacidades y poderes y, en donde muchos Estados latinoamericanos poseen características de Estado fallido, es importante preguntarnos si algunas instituciones como los órganos constitucionales autónomos que existen en los países de la región pueden servir para que el Estado nación latinoamericano gane en legitimidad democrática, eficiencia y eficacia. Pienso que los órganos constitucionales autónomos podrían apoyar para ese efecto. Sin embargo, no vale cualquier tipo de órgano constitucional autónomo, se requiere de órganos que sean democráticos y legítimos, que se encuentren vinculados fuertemente con sus sociedades.

Como señala Leibholz al recordar a Santi Romano, hoy en día, la cualidad de un órgano constitucional autónomo depende de la posición que ocupa cada órgano en el marco de la Constitución y no de la manera en cómo se ejerce funcionalmente una actividad concreta del Estado². Lo anterior significa que puede haber tanto órganos constitucionales autónomos como lo establezca la Constitución respectiva, ya sea por la voluntad del constituyente originario o, por haberlo decidido así el órgano de reforma constitucional.

Después de la segunda guerra mundial, aparecieron en Europa algunos órganos constitucionales autónomos. Al principio las Constituciones no definieron con precisión las características de estos órganos. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn incluyó al Tribunal Constitucional Alemán

¹ Moncada Roa, Patricia, “El fenómeno de la debilidad y el fracaso del Estado: Un debate inconcluso y sospechoso”, en *Los Estados fallidos o fracasados: Un debate inconcluso y sospechoso*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

² Leibholz, Gerhard, “El Estatus del Tribunal Constitucional Federal en Alemania”, en Fix Zamudio, Héctor y Astudillo, César (Coordinadores), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro Homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 691.

dentro de la regulación donde se norma al resto de los tribunales federales. La jurisprudencia constitucional alemana y la doctrina fueron perfilando los elementos característicos de estos órganos, señaladamente las notas que aluden a su independencia y autonomía en relación con el resto de los poderes tradicionales (el ejecutivo, el legislativo y el judicial) y, en tanto, que de la Constitución no se derive nada en contrario. También se fue perfilando que los órganos constitucionales se coordinan entre sí, y no se encuentran en una relación jerárquica entre ellos o en relación subordinada con los poderes tradicionales.

Más tarde se ha ido equiparando el estatus de los titulares y de los funcionarios de los órganos constitucionales con el del resto de los titulares de los poderes públicos tradicionales. El estatus de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es del mismo nivel que el estatus de los titulares de los poderes tradicionales. Por eso, en algunos casos, son sujetos de responsabilidades políticas de carácter constitucional.

En la jurisprudencia italiana, desde mediados del siglo XX, quedó claro que los órganos constitucionales autónomos gozan de garantías de inviolabilidad, independencia y autonomía, semejantes a las de los poderes tradicionales y tal como se reconoció en Alemania. En España y después del conocido ensayo de Manuel García Pelayo, se ha precisado que los órganos constitucionales autónomos poseen las siguientes características: a) La inmediatez que significa que deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) La esencialidad porque se entiende que son necesarios para el Estado democrático de derecho contemporáneo y desempeñan funciones imprescindibles para el Estado; c) Dirección política dado que participan en la dirección política del Estado y de ellos emanan actos legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales, que contribuyen a orientar de modo decisivo el proceso de toma de decisiones del Estado; d) Paridad de rango, pues poseen jerarquía similar y mantienen con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación (cada uno es supremo en su orden e independiente en sus funciones); y, e) Autonomía porque poseen autonomía orgánica, funcional y, en ocasiones presupuestaria³.

En general, hoy en día, se sostiene que los órganos constitucionales autónomos se caracterizan por contar con las siguientes notas: 1) Autonomía orgánica e independencia funcional; 2) Mecanismos de integración no provenientes del poder ejecutivo —generalmente determinados en y por el poder legislativo— y un estatuto para que sus titulares cuenten con imparcialidad

³ García Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 12.

y con ello se fortalezcan las condiciones de objetividad del propio órgano; 3) Apoliticidad porque se entienden como órganos técnicos y no políticos; 4) Inmunities para que realicen sus funciones sin presiones indebidas; 5) Responsabilidades frente a los ciudadanos y al poder legislativo; 6) Transparencia para que en su funcionamiento se eviten actos de corrupción; 7) Intangibilidad porque se consideran órganos permanentes y no coyunturales -para ser derogados se exige el cumplimiento reforzado o cualificado que se pide para las reformas constitucionales y en ocasiones superior al procedimiento de reforma constitucional ordinario-; y, 8) Funcionamiento interno apegado al Estado de Derecho para evitar cualquier tipo de mandarinato o de excesos tecnocráticos al interior de ellos⁴.

Jorge Carpizo ha señalado que las características de los órganos constitucionales autónomos son: 1) Estar establecidos en la Constitución, la que debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes; 2) Realizar funciones públicas que corresponden al Estado y que tienen por prioridad el interés público; 3) No depender políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guardan una relación de coordinación no de subordinación; 4) Gozar de autonomía técnica y funcional, su presupuesto debe estar asegurado y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones; 5) Sus titulares son responsables y los órganos constitucionales autónomos deben rendir cuentas; 6) Realizar labores técnicas altamente especializadas; 7) Su actuación debe estar alejada de consideraciones políticas o partidistas; 8) Sus actos deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley; 9) Sus titulares deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como estabilidad en el encargo, remuneración adecuada y responsabilidad; 10) Sus decisiones están sujetas al control de constitucionalidad; e, 11) Intangibilidad, si los órganos constitucionales autónomos fuesen suprimidos se lesionaría gravemente al Estado democrático de derecho⁵.

En América Latina encontramos una tendencia constitucional a establecerlos, sobre todo después del fin de las dictaduras y el establecimiento de los nuevos regímenes democráticos con posterioridad a los años ochenta del siglo pasado. En la región se proponen diferentes grados de autonomía, tanto en su integración -¿cuánta influencia de los partidos o de los poderes

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, segunda edición, 2012, pp. 251 y 252.

⁵ Carpizo, Jorge, versión estenográfica de la conferencia: ¿Por qué la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación debe ser un órgano constitucional autónomo?, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 18 de agosto de 2009, en el marco del Seminario Autonomía Constitucional de la Auditoría Superior de la Federación, pp. 4 y 5.

tradicionales se puede ejercer sobre ellos permanentemente?- en su estructura y organización, y en su autarquía financiera. No existe en nuestro continente un acuerdo de cuáles y cuántos órganos constitucionales autónomos deben existir. Tampoco hemos logrado precisar homogéneamente sus características y sus principios. Además, constitucional y políticamente, no se ha definido su lugar en la teoría de la división de poderes y en su relación con los partidos políticos.

Desde nuestro punto de vista, las discusiones sobre los órganos constitucionales autónomos tienen que ver con las siguientes cuestiones: 1) ¿Cuál debe ser el número adecuado de los órganos constitucionales autónomos?; 2) ¿Por qué se incrementan en número?; 3) ¿Cuándo se justifica constituirlos?; 4) ¿Cómo deben funcionar para respetar en los Estados Federales las competencias de las autoridades locales y municipales?; 5) ¿En América Latina cómo se han constituido y para qué?; 6) ¿Qué variantes presenta el modelo latinoamericano en relación con el Europeo?; 7) ¿Cuál es el futuro en América Latina de estos órganos?; 8) ¿Se requiere una nueva teoría constitucional merced a la existencia de los órganos constitucionales autónomos?; 9) ¿Qué han aportado a la democratización de América Latina y a la consolidación del Estado constitucional?; y, 10) ¿Cuáles son sus debilidades, en particular sus déficits de legitimidad democrática?.

II. ¿CUÁL DEBE SER EL NÚMERO ADECUADO DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS?

La respuesta a la pregunta depende de las circunstancias concretas de cada Estado y sociedad. Se trata en pocas palabras de decisiones políticas que son adoptadas por los integrantes del Constituyente originario o por los integrantes de los que en cada país tienen el poder o las facultades para reformar la Constitución. Desde mi punto de vista hay tres causas que propician la aparición de los órganos constitucionales autónomos: 1) El prestigio e influencia que algunos órganos constitucionales autónomos gozan en el Derecho comparado y en sistemas constitucionales comparados; 2) Las recomendaciones y sugerencias de instancias internacionales que piden a los Estados nacionales que algunos de ellos sean constituidos; y, 3) Las circunstancias y necesidades propias de cada Estado y sociedad que son atendidas y traducidas en algunos casos por su clase política a través de este tipo de organismos.

Muchos órganos constitucionales autónomos se constituyen como consecuencia del prestigio y la influencia que tienen en otras latitudes y que se

muestran por ese motivo atractivos para los países que no cuentan con ellos, tal como ha ocurrido en Europa y en América Latina, con los Tribunales o Cortes Constitucionales. En otros supuestos, la aparición de órganos constitucionales autónomos responde a las recomendaciones de instancias internacionales como ha sido el caso de la proliferación de Bancos Centrales autónomos en casi todos los países del mundo. En otras hipótesis, la aparición de órganos constitucionales autónomos obedece a razones estrictamente nacionales que tienen que ver con las necesidades que a esa sociedad o clase política le interesa atender institucionalmente a través de vías diferentes a las de los poderes tradicionales.

Por lo tanto, la pregunta en torno a cuál es el número adecuado de órganos constitucionales autónomos, no es sencilla. Existen tantos órganos constitucionales autónomos como su clase política aprueba, aunque deberían existir los que su sociedad quiere⁶. En términos ideales los que se constituyen deben atender y resolver cuestiones esenciales para el Estado. No es conveniente crearlos caprichosamente, sin justificación alguna, su surgimiento debe responder a la satisfacción de las necesidades fundamentales de cada Estado y sociedad.

III. ¿POR QUÉ SE INCREMENTAN EN NÚMERO?

Podemos dar tres respuestas. La primera alude a las razones externas, pues muchos órganos constitucionales autónomos se constituyen por el prestigio que algunos de ellos tienen en los sistemas constitucionales comparados, pero también se establecen por las recomendaciones de los or-

⁶ En México se crean órganos incesantemente constitucionales autónomos, basta una reforma constitucional y la necesidad de mejorar alguna institución para que se cree un órgano constitucional autónomo. Antes del inicio del actual sexenio se asumía que en México existían cuatro órganos constitucionales autónomos: El Banco de México, el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Durante 2012 y 2013 se han creado los siguientes: el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, la Comisión Federal de Competencia Económica, el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Es posible que en los próximos meses se conformen como órganos constitucionales autónomos el Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y, la Comisión Nacional Anticorrupción. La doctrina nacional ha criticado que los órganos constitucionales autónomos existentes no se agrupen todos bajo parámetros unificadores. También se han cuestionado los poderes de estos órganos, su costo presupuestal, el incremento de la burocracia y los riesgos de opacidad que comportan si no se imponen obligaciones de rendición de cuentas y controles externos. Ver: Simonnet, Carole, “La autonomía del IFETEL”, en Suplemento Enfoque, Diario Reforma, Domingo 7 de abril de 2013, pp. 4-8.

ganismos internacionales. En los países latinoamericanos algunos órganos constitucionales se han creado a sugerencia de organismos no nacionales. En México, recientemente se conformó como órgano constitucional autónomo, el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, a petición de la OCDE. Los bancos centrales de la región surgen de los señalamientos del FMI, del Banco Mundial o de plano, en algunos casos, de la Reserva Federal de los Estados Unidos. Los órganos electorales como órganos constitucionales se incorporan a los ordenamientos porque instancias internacionales como el PNUD de la ONU los estiman imprescindibles para el logro de la consolidación democrática en los países respectivos.

La segunda respuesta tiene que ver con la profundización en el descrédito de los poderes e instancias formales para atender problemas sociales, económicos o políticos. En los países de América Latina y en el mundo se mira con gran desconfianza a las autoridades tradicionales. Se considera que éstas son ineficaces, politizadas, corrompidas y, que se encuentran muy distantes de los ciudadanos. La solución que entonces se brinda consiste en crear órganos de naturaleza distinta, órganos nuevos, que no deben estar lastrados por los vicios de los poderes tradicionales y, que puedan propiciar esperanza entre los ciudadanos y recibir la confianza de ellos. Esta razón es muy importante para las élites nacionales y es en buena medida una fuga hacia adelante porque no siempre los nuevos órganos constitucionales generan los niveles de confianza y legitimidad requeridos. En poco tiempo suelen presentar los defectos e inconvenientes de los poderes tradicionales, sin embargo, por algún tiempo pueden servir para renovar y recuperar la esperanza social.

Una tercera respuesta tiene relación con el papel de los partidos, pues se piensa que la partidocracia ha colonizado a las instituciones tradicionales. Se requiere, por tanto, de órganos despartidocratizados que no respondan a los intereses de los partidos sino al interés general. Se precisa de órganos constitucionales especializados que a la manera de árbitros se sitúen por encima de los partidos y que sean capaces de imponerles las reglas del juego. Se estima que los órganos constitucionales autónomos pueden actuar como contrapesos a los poderes fácticos y, que son las únicas instancias de autoridad que podrían equilibrar o moderar las ambiciones de los factores reales de poder. Este argumento, como más adelante veremos, no siempre se materializa porque en más de una ocasión los órganos constitucionales autónomos son correas de transmisión de los intereses de partidos y demás poderes fácticos.

IV. ¿CUÁNDO SE JUSTIFICA CONSTITUIRLOS?

Se suelen crear cuando existen problemas institucionales en los países. Cuando alguna área de la administración o algún poder tradicional no está operando debidamente o ha caído en el descrédito, se piensa que debe responderse ese déficit político o de legitimidad, aprobando nuevos órganos, que al menos puedan transitoriamente propiciar la confianza de los ciudadanos en las instituciones. En otras ocasiones para fortalecer a una institución, para fortalecer sus competencias jurídicas, se piensa que el mejor remedio debe consistir en fortalecerla mediante su transformación constitucional.

Las respuestas anteriores, sin embargo, no son del todo satisfactorias porque las autoridades con competencia para crearlos —el constituyente originario o el poder revisor de la Constitución— no actúan racionalmente. En ocasiones puede ser teóricamente importante crearlos para responder a déficits de legitimidad concretos y no se crean. Por ejemplo en México, dos instituciones que debieran ser órganos constitucionales autónomos no lo son. Me refiero al Ministerio Público y al órgano de fiscalización de los recursos públicos. En la academia mexicana y al interior de esos sectores institucionales se demanda su constitución como órganos constitucionales autónomos y los responsables de hacerlo no lo realizan. Las razones políticas internas de los gobiernos en turno pueden más que la racionalidad constitucional. En el caso del Ministerio Público, a los distintos gobiernos mexicanos les interesa contar más con una instancia de persecución e investigación de delitos subordinada y dependiente del ejecutivo, que con un órgano independiente al que no podrían fácilmente dar órdenes y someter a consideraciones políticas: en México la investigación y persecución de los delitos obedece más a razones políticas que a una racionalidad de combate a la impunidad, investigación y sanción del delito⁷. En cuanto al órgano de fiscalización, que en México se denomina Auditoría Superior de la Federación, conviene más a los actores políticos tenerlo como un instrumento armado dependiente de la Cámara de Diputados para que los partidos políticos negocien o amaguen al ejecutivo con diversos asuntos de política pública que conformarlo con autonomía de los tres poderes públicos tradicionales, pues se estima que en ese momento se transformaría en una vía poderosísima de combate a la corrupción.⁸

⁷ Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 125, julio-septiembre de 2004, pp. 39-78.

⁸ Sobre esta cuestión ver: Ackerman, John M. y Astudillo, César (coordinadores), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, UNAM, 2009.

Lo anteriormente dicho acredita que no existe una lógica precisa o exacta que justifique crear o transformar a una institución como órgano constitucional autónomo. Son coyunturas externas o internas que en ese momento interesan a la clase política nacional, las que impulsan la creación, modificación o transformación de una instancia de autoridad como órgano constitucional autónomo. Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho Constitucional o de la Ciencia Política siempre cabe preguntarse cuáles instancias de autoridad deben o deberían contar con autonomía constitucional respecto a los tres poderes tradicionales porque se piensa que la conformación de ciertos órganos constitucionales autónomos puede contribuir de manera más eficaz o democrática a resolver problemas sociales, políticos o económicos que las instancias tradicionales de autoridad no sólo no resuelven sino que son parte del problema que se pretende y propone solucionar. En este sentido Jorge Carpizo insistía en la creación de los siguientes órganos constitucionales autónomos para México: Ministerio Público, Auditoría Superior de la Federación, Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y, la Comisión Federal de Competencia⁹.

V. ¿CÓMO DEBEN FUNCIONAR PARA RESPETAR
EN LOS ESTADOS FEDERALES LAS COMPETENCIAS
DE LAS AUTORIDADES LOCALES Y MUNICIPALES?

La aparición de los órganos constitucionales autónomos propicia una distorsión importante en las relaciones entre los poderes tradicionales, tanto a nivel horizontal como vertical. A nivel horizontal, desde siempre se ha sabido que los órganos constitucionales autónomos modifican y alteran las relaciones entre los tres poderes públicos tradicionales: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Esas relaciones se alteran fundamentalmente por dos motivos: 1) El primero de ellos es porque los poderes tradicionales pierden o ceden funciones y competencias para dárselas a los nuevos órganos constitucionales autónomos; y, 2) El segundo es porque las relaciones entre poderes y órganos se vuelve más compleja al intervenir más actores en la relación, por ejemplo, puede incrementarse constitucionalmente el número de conflictos competenciales por la asignación de competencias entre los poderes tradicionales y los nuevos órganos. Además, al aparecer por primera vez los órganos constitu-

⁹ Carpizo, Jorge, “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, UNAM, número 24, enero-junio de 2011, pp. 141-167.

cionales autónomos en un sistema constitucional existen problemas de ajuste no sólo institucional –el lugar que les corresponde a cada uno de ellos en el orden constitucional- sino en la cultura jurídica de los operadores, pues éstos poco a poco van a ir advirtiendo las características y los cambios que se han operado en el sistema constitucional respectivo.

Cuando los órganos constitucionales autónomos se incorporan en un Estado Federal también suelen alterar las reglas federales, ya sea porque se constituyen como órganos nacionales y asumen competencias que anteriormente realizaban instancias locales y municipales o, porque las competencias de los órganos constitucionales autónomos entran en conflicto de manera directa o indirecta con las competencias de las instancias locales o municipales. En México, la creación de los órganos constitucionales autónomos ha implicado el despojo de competencias que los Estados tenían en algunas materias. En materia electoral, el Instituto Federal Electoral puede constitucionalmente organizar elecciones estatales y municipales si las instancias locales lo solicitan; la credencial para votar que es una cédula de identidad ciudadana es expedida por las autoridades electorales federales y no por las locales; una buena parte de la propaganda en radio y televisión de los partidos y candidatos, aún en elecciones estatales y municipales, es regulada por la autoridad electoral autónoma federal; y, en los procedimientos de fiscalización a partidos y campañas, sólo la autoridad electoral federal tiene competencias para superar en las investigaciones, los secretos bancario, fiscal o fiduciario¹⁰. Recientes órganos constitucionales autónomos en México, como el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, que es un organismo para medir la calidad de la educación que imparten los docentes en México tiene una fuerte impronta centralista que limita las competencias de las autoridades educativas en los Estados. Y, el órgano para la transparencia que está en proceso de constitución –el IFAI-, tendrá facultades para revisar las decisiones de las autoridades de transparencia de las entidades federativas. Como puede observarse, la creación de órganos constitucionales autónomos tiene un alto impacto en las relaciones verticales de poder entre Federación, Estados y Municipios.

¹⁰ Existe un debate vivo en México sobre la conveniencia de derogar los órganos electorales estatales que son formalmente autónomos pero que dependen políticamente de los gobernadores y su autonomía constitucional queda en una simulación, lo que los desprestigia y los aleja de la sociedad. Sin embargo, los defensores de los órganos electorales estatales argumentan que la posible creación de un Instituto Nacional de Elecciones contrariaría fuertemente el principio federal del Estado mexicano. De esta suerte, constitucionalmente, se opone el principio de elecciones libres y auténticas al principio federal. Ver: Simmonet, Carole, “Apuestan partidos al control electoral”, Suplemento Enfoque, Diario Reforma, 30 de junio de 2013, pp. 4-7.

La razón del debilitamiento del federalismo merced a la aparición de los órganos constitucionales autónomos obedece a la desconfianza que producen las autoridades estatales y municipales para atender las tareas públicas. Sin embargo, esa desconfianza suele ser producto del abandono presupuestal y financiero del nivel local y municipal. Es injusto exigir a las instancias locales y municipales niveles de calidad en la prestación de servicios públicos similares a las de las autoridades federales si las autoridades del ámbito local no cuentan con recursos semejantes recursos a las del orden federal.

Es por lo anterior que deben estudiarse muy bien, al establecerse un órgano constitucional autónomo en la Constitución, las consecuencias e influencias que tendrá su surgimiento en las relaciones del poder nacional. Es evidente que no es conveniente despojar arbitrariamente a las instancias locales de competencias que anteriormente tenían. El abuso en el procedimiento de limitación e extirpación de competencias locales a favor de órganos federales o nacionales con autonomía puede propiciar en el mediano y en el largo plazo respuestas no tranquilizadoras en los ámbitos de la gobernanza y de la gobernabilidad democrática.

VI. ¿CÓMO SE HAN CONSTITUIDO Y PARA QUÉ EN AMÉRICA LATINA?

Tendremos en el siguiente epígrafe oportunidad de comentar las diferencias entre el modelo latinoamericano y el europeo, pero en este momento, podemos decir, que el modelo europeo de órganos constitucionales autónomos surge de los Tribunales o Cortes Constitucionales, de los tribunales especializados y después de los Bancos Centrales, mientras que en América Latina, la necesidad de órganos constitucionales autónomos nace de la enorme debilidad del Estado Latinoamericano, en donde al revisarse la totalidad de sus estructuras, se va exigiendo que ciertas tareas que realizan los poderes tradicionales sean competencia de órganos con autonomía constitucional. En América Latina no siempre ha sido el Tribunal Constitucional el primer órgano constitucional que se conforma. Tenemos una tradición muy latinoamericana para constituir órganos constitucionales autónomos de carácter electoral que en Europa se desconoce.

En América Latina los órganos constitucionales son consecuencia de las deficiencias del Estado de Derecho latinoamericano. Los órganos constitucionales autónomos buscan ser una respuesta institucional a los desafíos que la realidad presenta. Generalmente en los procesos de transición a la democracia o de cambios políticos importantes, que a veces concluyen con

nuevas Constituciones o reformas constitucionales trascendentes, se decide que ciertas tareas del Estado sean desempeñados por ellos porque se desconfía de las estructuras tradicionales del poder público.

El origen de los órganos constitucionales autónomos en América Latina está en la obtención de esperanza social y política que espera tener un mejor Estado, mejores instituciones democráticas y, en la desconfianza a las instancias tradicionales que se consideran corruptas, ineficientes y antidemocráticas. Sin embargo, muchas veces esas esperanzas son defraudadas porque los órganos constitucionales creados repiten los vicios y deficiencias de las instancias de autoridad tradicionales, aunque transitoriamente, sirven de fundamento a una legitimidad institucional que es necesaria para conservar la legitimidad democrática.

En este sentido los órganos constitucionales autónomos, más allá de la manipulación y de la ilusión política de la que pueden ser objeto, nos inquietan constitucionalmente si son necesarios, esenciales y fundamentales para consolidar el Estado Constitucional. Mi hipótesis es afirmativa. Tanto en América Latina como en Europa y otras latitudes, se requiere que algunas funciones del Estado no pasen por el tamiz de los intereses de los partidos y de los poderes fácticos, que ciertas competencias constitucionales sean desarrolladas por instancias ajenas a la lucha política coyuntural para salvaguardar tanto los derechos fundamentales como los procedimientos y principios democráticos y, porque el Estado nación obliga a contar con órganos de Estado que representen la visión del Estado y no los intereses parciales de los grupos sociales, económicos y políticos. La respuesta institucional para mantener la idea de Estado nación hoy en día está en los órganos constitucionales autónomos porque son la expresión institucional del Estado y de su unidad. Por tanto, más allá del uso político que se pueda hacer de los mismos, los órganos constitucionales autónomos en América Latina si son una respuesta institucional a la debilidad de nuestros Estados y son el cauce que afianza su unidad. No obstante, no vale cualquier tipo de órgano constitucional autónomo. El reto está en integrarlos de manera que sean legítimos, democráticos y eficaces.

VII. ¿QUÉ VARIANTES PRESENTA EL MODELO LATINOAMERICANO EN RELACIÓN CON EL MODELO EUROPEO?

El modelo europeo inicialmente constituyó la categoría de órganos constitucionales autónomos en búsqueda de instancias competentes para realizar el control de constitucionalidad y para proteger los derechos fundamentales.

Posteriormente se añadieron otros órganos constitucionales autónomos para regular la política monetaria y cambiaria como los Bancos Centrales y, para establecer, un marco de negociación y de definición de políticas públicas de carácter económico, tal es el caso, de los Consejos Económicos y Sociales. En cuanto a los órganos de fiscalización de los recursos públicos y los órganos de vigilancia, administración y disciplina de los jueces, éstos han formado parte del poder judicial. Podemos decir, que el modelo europeo no tiende como el latinoamericano a incrementar el número de órganos constitucionales autónomos. Los órganos constitucionales autónomos que se han erigido en Europa son consecuencia del constitucionalismo de la segunda postguerra y se han conformado en respuesta a cuestiones muy concretas, a necesidades fundamentales de los Estados. No existe como en Latinoamérica un ánimo creativo para contemplar en las Constituciones nuevos órganos constitucionales autónomos.

Otra diferencia importante entre ambos modelos, es la creación en América Latina de órganos constitucionales autónomos que en Europa no lo son y, que responden a necesidades muy latinoamericanas. Me refiero, por ejemplo, a los órganos electorales latinoamericanos. Ya sea en sus vertientes de Tribunales Electorales o de institutos o agencias electorales, los organismos latinoamericanos electorales son producto de los procesos de democratización de la región, en donde se ha exigido que los poderes tradicionales del gobierno no organicen ni califiquen las elecciones porque se desconfiaba profundamente del papel que desempeñaría el gobierno en esos procesos¹¹. Es más, se entiende como un obstáculo a la construcción de la democracia, que los gobiernos organicen y califiquen las elecciones porque se piensa que éstas no tendrían ningún viso de credibilidad ni de legitimidad. Lo anterior significa que en América Latina hay órganos constitucionales autónomos que en Europa no existen.

La propensión e inventiva a favor de la construcción de órganos constitucionales autónomos en América Latina puede leerse, al menos, de dos maneras. En la primera lectura se podría pensar que el constitucionalismo latinoamericano es más, por lo menos a últimas fechas, creativo o inventivo. En la segunda lectura, muchos coincidirían que la creación de tantos órganos constitucionales autónomos obedece principalmente a la debilidad de las instituciones tradicionales de los tres poderes del Estado latinoamericana-

¹¹ Cárdenas, Jaime, Pérez, Carlos y, Carbonell, Miguel, "Presente y futuro de la autonomía del Instituto Federal Electoral", en Administración y financiamiento de las elecciones en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral, tomo II, México, IJ-UNAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, PNUD, Universidad de Quintana Roo, 1999.

no, a la insuficiencia del Estado de Derecho de nuestra región. Me parece que ambas lecturas tienen su parte de razón, aunque es evidente que las instituciones tradicionales latinoamericanas están lastradas por su ineficiencia, ineficacia y déficits de legitimidad democrática.

Una diferencia importante entre ambos modelos tiene que ver con la manera en que se eligen a los titulares de los órganos constitucionales autónomos. Aunque muchos países latinoamericanos siguen empleando los mismos métodos de designación que en los órganos constitucionales europeos, es decir, sus titulares surgen de la voluntad de los poderes tradicionales, en algunos casos en América Latina se busca ensayar nuevos métodos. Entre esos nuevos métodos que existen, por ejemplo en Bolivia y, que se buscan instaurar en Argentina, apelan al electorado para que éste defina la titularidad de algunos órganos constitucionales. La innovación no es menor porque tiene relación con la legitimidad democrática de los órganos constitucionales. En muchos países, como en México, el reparto en la titularidad de los órganos constitucionales autónomos obedece a la distribución de cargos entre los partidos políticos y se establece un sistema de cuotas que beneficia a los partidos mayoritarios, en donde la finalidad de despartidocratizar a los órganos constitucionales no se realiza sino que se acentúan los vínculos entre los titulares de estos órganos con los partidos que los proponen o intervienen en su designación a través de los poderes establecidos. Al partidocratizarse los órganos constitucionales autónomos es obvio que su legitimidad democrática en estos órganos disminuye y se corre el riesgo de que la finalidad transformadora y de control político y constitucional que los órganos constitucionales pretenden, quede totalmente desvirtuada.

VIII. ¿CUÁL ES EL FUTURO EN AMÉRICA LATINA DE ESTOS ÓRGANOS?

En América Latina continuarán constituyéndose este tipo de órganos, entre otras razones, por las debilidades del Estado latinoamericano y sus poderes tradicionales. En México se han creado en los últimos meses, el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica. Es muy probable que el órgano para la transparencia –IFAI– y el órgano anticorrupción se constituyan en México pronto como órganos constitucionales autónomos. En el resto de América Latina, por ejemplo las demandas sociales que existen en Brasil, posiblemente generarán la aparición de nuevos órganos constitucionales autónomos. En Argentina, la propuesta por darle autonomía al Consejo

de la Magistratura se seguirá planteando¹². Bien se puede decir, que como el ciclo de reformas constitucionales continúa en América Latina y, que el constitucionalismo latinoamericano no termina por asentarse del todo, continuarán conformándose nuevos órganos constitucionales autónomos.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el asunto no consiste en predecir que se constituirán nuevos órganos constitucionales autónomos, sino que los temas trascendentes tienen que ver, a mi juicio, con dos importantes cuestiones: 1) Si existen los órganos constitucionales que deben existir, es decir, las tareas o funciones del Estado que merecerían la aparición de órganos constitucionales autónomos se realizan a través de ellos; y, 2) Si la manera en la que se diseñan los órganos constitucionales autónomos es la apropiada.

La primera cuestión debe ser discutida al interior de cada Estado latinoamericano y, a partir de sus circunstancias y necesidades. Puedo decir que nuestra región se constituyen órganos constitucionales autónomos que no merecerían serlo y, que por el contrario, hay funciones del Estado que exigirían ser asumidas por órganos constitucionales autónomos y que no son recogidas por ellos. En México, que es el caso que más conozco, el control de constitucionalidad debería contar con un Tribunal Constitucional y la aparición de éste se ve muy lejos, sino es que imposible a la distancia por motivos estrictamente políticos. Las razones de por qué se debe contar en México con un órgano constitucional autónomo que realice el control de constitucionalidad son, entre otras, las siguientes: 1) Se precisa de un órgano especializado en control constitucional que no realice control de legalidad como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2) Se requiere que los actos del propio poder judicial, incluyendo los de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estén sometidos al control de constitucionalidad; 3) Se necesita un Tribunal Constitucional con facultades de control constitucional amplísimas para proteger y garantizar la totalidad del bloque de constitucionalidad; 4) Se debe contar con un Tribunal Constitucional que pueda revisar la constitucionalidad de las reformas a la Constitución; y, 5) El Tribunal Constitucional podría darle a la Constitución mexicana el carácter normativo que aún no tiene, sobre todo, en materia de derechos económicos, sociales y culturales.¹³

En mi país, también debiera el Ministerio Público erigirse en órgano constitucional autónomo, pues el funcionamiento actual de esta tarea del Estado, además de ineficiente, ineficaz y poco profesional, es empleada, en

¹² Roth, Laura, "El Consejo de la Magistratura" en Gargarella, Roberto, Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo I, 2008, pp. 367- 387.

¹³ Cárdenas, Jaime y Mijangos Borja, María de la Luz, Estado de Derecho y Corrupción, México, editorial Porrúa, 2005, pp. 185-191.

muchos casos, con propósitos políticos: el Ministerio Público es en México un instrumento para perseguir adversarios políticos y para proteger y garantizar la impunidad de los allegados, militantes y simpatizantes del gobierno en turno. Si en México, el Ministerio Público fuese autónomo, éste sería un instrumento poderosísimo de combate a la corrupción, que como se sabe, es uno de los lastres más grandes del Estado y la sociedad mexicana. La independencia del Ministerio Público favorecería la persecución e investigación de los delitos y reduciría los altos índices de impunidad que existen en México porque la institución ya no estaría al servicio de los grupos políticos en el poder.

Otra función que en México debiera ser autónoma y no lo es, es la fiscalización externa de los recursos públicos. La Auditoría Superior de la Federación es un órgano dependiente de la Cámara de Diputados, es decir, de los dos partidos políticos que controlan la mayoría de esa instancia legislativa, lo que propicia la limitación en su actividad fiscalizadora. Al ser un órgano constitucional y políticamente limitado no puede realizar un efectivo combate a la corrupción ni contribuir a sanear las finanzas públicas nacionales.

Los ejemplos mexicanos que aquí he comentado se pueden trasladar a lo que ocurre en otros países de la región y, nos permite concluir, que lo que impide la constitución como órganos constitucionales autónomos de alguna o algunas funciones o tareas del Estado que debieran realizarse a través de estos órganos, es el estatus político o correlación de fuerzas políticas existentes, que no desea, por estrictos motivos partidistas la creación los organismos autónomos. Este tipo de circunstancias obligan en cada nación a un debate académico, político y social, sobre los órganos constitucionales autónomos para que la decisión sobre su número, funciones y diseño constitucional y legal, no dependa exclusivamente de las clases políticas mayoritarias.

En cuanto a la cuestión sobre el diseño constitucional y legal de los órganos constitucionales autónomos, cabe decir que es un asunto aún más importante que el anteriormente tratado. La creación de órganos constitucionales autónomos sin autonomía efectiva constituye una simulación, un engaño a las sociedades nacionales, que desean y quieren que ciertas funciones del Estado se adopten más allá de los intereses partidistas y de los poderes fácticos. Los órganos constitucionales autónomos no deben responder, como ya se dijo en estas páginas, a los intereses de los partidos sino al interés general. Se precisa de órganos constitucionales especializados que a la manera de árbitros se sitúen por encima de los partidos y que sean capaces de a ellos imponerles las reglas del juego. Los órganos constitucionales autónomos deben actuar como contrapesos a los poderes fácticos, pues son las únicas instancias de autoridad que podrían equilibrar o moderar las

ambiciones de los factores reales de poder. En todo caso, el diseño constitucional y legal de los órganos constitucionales autónomos, debe evitar que se constituyan como correas de transmisión de los intereses de partidos y de otros poderes de hecho.

¿Cuál es el diseño adecuado? Se debe garantizar su autonomía política, orgánica, funcional, administrativa y presupuestaria. No pueden sus titulares ser los vehículos de la transmisión de la voluntad de los partidos o de los poderes fácticos. Deben constitucionalmente ser independientes de los poderes tradicionales del Estado y como ellos deben entenderse como órganos cúspides dentro de la arquitectura constitucional. Funcionalmente deben realizar sus competencias sin la validación o confirmación de las mismas por otros órganos o poderes del Estado, salvo lo relativo al control de constitucionalidad de sus actos y omisiones. Administrativamente (recursos personales, materiales y financieros) deben contar con independencia de gestión para que ninguna otra instancia de autoridad determine el destino y el ejercicio de los recursos de los que dispongan. La autonomía presupuestal es requerida para que su presupuesto no esté sujeto a los vaivenes de las negociaciones políticas de los partidos en el Congreso, lo deseable es que cada uno de ellos cuente con un porcentaje presupuestal establecido y precisado en la Constitución.

Adicionalmente el funcionamiento de los órganos constitucionales autónomos debe estar vinculado a la sociedad. Para ello, las normas de transparencia y rendición de cuentas deben ser estrictas. Si son órganos colegiados todas sus decisiones y sus procedimientos deben desahogarse en público. Cualquier decisión y procedimiento debe ser susceptible de justificarse ante la sociedad. Además, sus funcionarios deben integrar servicios civiles de carrera y, el procesamiento de las decisiones debe guiarse por criterios de horizontalidad. Su funcionamiento debe evitar la constitución de mandarinatos, por lo que sus tareas y competencias deben estar apegadas al Estado de Derecho, a la democracia y, a las responsabilidades. En síntesis, los órganos constitucionales autónomos deben ser –frente y respecto a otras instancias del Estado- el mejor ejemplo institucional de democracia, transparencia, rendición de cuentas y de responsabilidades.

IX. ¿SE REQUIERE UNA NUEVA TEORÍA
CONSTITUCIONAL MERCED A LA EXISTENCIA
DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS?

Desde el momento que el Derecho positivo los constituye y desde que se ha reflexionado sobre ellos, es evidente que se requiere de una teoría constitu-

cional que los comprenda. Los órganos constitucionales autónomos no sólo rompen con la rígida división de los tres poderes tradicionales del Estado sino que, como ya hemos asentado en estas páginas, estos órganos tienen incidencia en la forma del Estado, principalmente cuando se trata de Estados Federales, pues pueden absorber competencias que originalmente eran locales o municipales.

Además, los órganos constitucionales autónomos, tal como aquí lo hemos pretendido, deben ser pensados desde una visión que brinde armonía al Estado para garantizar la estabilidad, gobernabilidad y gobernanza democrática y, por ello, la teoría constitucional está obligada a reflexionar sobre cuál debe ser su número, cuándo se legitima constituirlos y, qué características y diseño deben observar, tanto como órganos como en relación al estatus jurídico de sus titulares. En particular, es importante que los órganos constitucionales autónomos se distingan de otro tipo de organismos y, me refiero, no sólo a los organismos que son parte de los poderes tradicionales, como es el caso, de los organismos de la administración descentralizada en el poder ejecutivo y que son estudiados por el Derecho Administrativo, sino a otros organismos de naturaleza constitucional como son los órganos de relevancia constitucional.

Para la teoría constitucional, los órganos auxiliares o de relevancia constitucional poseen algunas características de los órganos constitucionales autónomos. Así por ejemplo, algunas decisiones que adoptan ya no son revisables por otras instancias constitucionales. Sin embargo, no tienen plena autonomía como los órganos constitucionales autónomos y dependen o están comprendidos dentro de los poderes tradicionales.¹⁴ En el Derecho Constitucional mexicano la Auditoría Superior de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación son órganos auxiliares o de relevancia constitucional pero no son auténticos órganos constitucionales porque forman parte de alguno de los tres poderes tradicionales. La Auditoría Superior de la Federación depende de la Cámara de Diputados, el Consejo de la Judicatura Federal es parte del Poder Judicial de la Federación al igual que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Motivo de reflexión constitucional para una nueva teoría constitucional en torno de los órganos constitucionales autónomos tiene relación con su jerarquía la que debe ser similar a los poderes tradicionales. Una jerarquía que les permita por ejemplo estar legitimados para promover controver-

¹⁴ Carbonell, Miguel, *Elementos de Derecho Constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 106.

sias constitucionales cuando los poderes formales u otros órganos constitucionales busquen limitar sus competencias constitucionales. Igualmente, su carácter cúspide dentro del sistema constitucional, les debe facultar para presentar iniciativas de carácter legal o promover acciones de inconstitucionalidad para garantizar el orden constitucional. En pocas palabras, los órganos constitucionales autónomos al estar en el mismo nivel constitucional que los tradicionales poderes formales deben contar con los instrumentos constitucionales para cooperar con el resto de los poderes y órganos constitucionales pero también para evitar su subordinación a ellos. Por eso, sería muy importante que en las Constituciones de la región existiera un apartado específico que regulara a los órganos constitucionales autónomos para evitar su dispersión normativa y para dotarlos de idénticas características constitucionales.

En contrapartida a lo dicho en el párrafo anterior, el estatuto constitucional de los órganos constitucionales autónomos los debe obligar, como al resto de los poderes públicos, a cumplir en sus actuaciones con los principios de constitucionalidad, convencionalidad, legalidad, transparencia, rendición de cuentas y, responsabilidad de sus titulares. No debe jamás estimarse que por ser autónomos son autárquicos, inmunes a cualquier tipo de responsabilidad social o constitucional.

X. ¿QUÉ HAN APORTADO A LA DEMOCRATIZACIÓN DE AMÉRICA LATINA Y A LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL?

Estoy convencido que los órganos constitucionales autónomos han sido en algunos casos muy importantes en los procesos de democratización de las distintas olas democratizadoras de Europa y de América Latina.¹⁵ Han contribuido a renovar la esperanza de miles de personas en las instituciones de Europa y de América Latina. Algunos de ellos, se han convertido en un referente imprescindible para entender el desarrollo de la democracia y el proceso de la construcción del Estado Constitucional en América Latina.

Es verdad que no todos los órganos constitucionales autónomos promueven ni han promovido la democracia y el Estado Constitucional. Según John Ackerman estos organismos se vuelven promotores de la democracia y del Estado constitucional cuando institucionalizan una diversidad de puntos de vista en su dirigencia y abren las puertas a la participación activa de la

¹⁵ Huntington, Samuel, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991.

sociedad civil. Existen tres razones, desde su punto de vista, que explican por qué sucede así: 1) La existencia de “múltiples ojos externos” sirve para impulsar a los organismos a cumplir sus mandatos y a mantener el apego al interés público, cuando cada acción es observada desde diferentes perspectivas y por la sociedad civil en general es mucho más difícil que un organismo o sus empleados persigan agendas particularistas; 2) La participación de perspectivas diversas y de diferentes actores sociales dentro de un organismo estimula un desempeño dinámico por parte del organismo, ya que cuestiona los típicos patrones burocráticos de estancamiento institucional; y, 3) La participación activa de la sociedad civil y la existencia de un debate vigoroso dentro de la institución mejora la legitimidad del organismo ante los ojos de la población y permite a la sociedad conocer su funcionamiento interno y las razones de sus acciones.¹⁶

Los órganos constitucionales autónomos pueden volverse importantes para dotar de legitimidad democrática a un régimen político en su conjunto —así ocurrió en México con el Instituto Federal Electoral de 1996 a 2003—. Para que ello ocurra, el órgano constitucional autónomo debe situarse por encima, adelante y en oposición al régimen (sobre todo si éste es percibido como corrupto, autoritario y elitista) a través de tres elementos: autonomía, capacidad y estructura. La autonomía alude a la independencia orgánica o política, técnica, de gestión, administrativa, presupuestal y, jurídica del organismo. La capacidad se refiere, entre otras, a las competencias de investigación y de sanción, para que el organismo pueda ejercer plenamente sus competencias. La estructura tiene que ver con la profesionalización de los servidores públicos, con una organización administrativa optimizada y racional del organismo y, con canales que le permitan trabajar con la sociedad civil. Además, el órgano constitucional autónomo debe perseguir su mandato —sus funciones— energicamente frente a la influencia de los poderes formales u otras instituciones o poderes fácticos y, sus titulares deben caracterizarse por su proactividad, en el sentido, que la lectura a sus competencias jurídicas se amplíe mediante una interpretación que busque maximizar los derechos fundamentales y los principios democráticos.¹⁷

Como puede advertirse, los órganos constitucionales autónomos, no son promotores de la democracia ni del Estado Constitucional per se, mucho menos cuando se transforman en un organismo burocrático más del

¹⁶ Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007, p. 38.

¹⁷ Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007, p. 41.

Estado. Si el órgano constitucional autónomo repite los vicios, inercias y comportamientos de los poderes formales, poco contribuirá al desarrollo democrático. Se requiere de órganos constitucionales autónomos que no pierdan el vigor institucional de su conformación. Es decir, deben defender y mantener a toda costa su autonomía frente al embate de poderes formales y fácticos. La interpretación del ordenamiento jurídico debe responder a interpretaciones extensivas de sus competencias para garantizar principios y derechos fundamentales y, lo más trascendente, deben garantizar el pluralismo a su interior y trabajar de la mano de la sociedad civil. Los mejores aliados de la estos organismos están del lado de los ciudadanos y no del gobierno.

Un órgano constitucional autónomo, independiente del gobierno y de los poderes fácticos, caracterizado por la proactividad de sus titulares y, con fuertes vínculos con la sociedad civil, sí puede hacer la diferencia en un régimen político. Un organismo de estas características, sin lugar a duda, sería un promotor de la democracia y del Estado Constitucional. Algunos en América Latina lo han sido, otros evidentemente no.

XI. ¿CUÁLES SON SUS DEBILIDADES, EN PARTICULAR SUS DÉFICITS DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA?

Los órganos constitucionales autónomos corren el riesgo de envejecer pronto, de ser capturados por los poderes formales o fácticos o, de desvincularse de la sociedad. Es decir, pueden trocarse en organismos elitistas, corruptos y antidemocráticos. Muchos organismos constitucionales autónomos en América Latina pronto han envejecido y han pasado a tener las mismas características y comportamientos de las instituciones tradicionales al carecer de vínculos fuertes con la sociedad.

Ante esa posibilidad, me parece que debemos recurrir a las mejores facetas del nuevo constitucionalismo latinoamericano y, no a sus negativas, como el hiperpresidencialismo que fomenta. Como se sabe este constitucionalismo tiene, entre otras, distintas finalidades: 1) Busca construir realidades más igualitarias;¹⁸ 2) amplía los mecanismos de democracia participativa; 3) establece fórmulas democráticas al control de constitucionalidad; 4) rescata el papel del Estado en la economía para superar las desigualdades económi-

¹⁸ Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo. Ver también: Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Gargarella, Roberto, Teoría y crítica del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo I, 2008, pp. 249- 262.

cas y sociales; y, 5) plantea una integración internacional más simétrica que la que se predica en otras latitudes.¹⁹

Uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha provocado un fuerte debate, tiene que ver con la legitimidad democrática directa de los titulares de algunos órganos constitucionales autónomos²⁰, tales son los casos, de la elección mediante sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional que se prevé en la Constitución de Bolivia y la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura en Argentina. Los artículos 197 y 198 de la Constitución de Bolivia indican que el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena ordinario campesino y, que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia que también se eligen mediante sufragio universal. En Argentina, la presidenta Cristina Fernández envió al Congreso de la Nación, el día 8 de abril de 2013, seis proyectos para reformar al poder judicial de ese país. Una de las propuestas implicaba la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura. Las leyes fueron aprobadas en el Congreso argentino pero el 18 de junio de 2013 la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de la ley, argumentando que el artículo 114 de la Constitución Argentina, alude a los “estamentos” de jueces y “abogados de la matrícula”, lo que implica una representación corporativa que debe ser observada.

¹⁹ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional, 2010, 9-43. En este trabajo se distinguen entre características formales y materiales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entre sus características formales señalan que los nuevos textos se distinguen por: 1) Incorporar nuevas categorías jurídicas que el viejo constitucionalismo latinoamericano no preveía; 2) Proponer una nueva institucionalidad basada en la aparición de nuevos órganos e instituciones; 3) Son constituciones extensas; 4) Son constituciones complejas; y, 5) Son constituciones más rígidas que las tradicionales. Entre las características materiales, los rasgos que mencionan para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, son: 1) Formas amplias de participación ciudadana; 2) Son constituciones con extensos catálogos de derechos fundamentales; 3) Son constituciones que proponen vías para la integración de sectores históricamente marginados como los indígenas; 4) Son constituciones que dotan de legitimidad democrática directa a los tribunales constitucionales; y, 5) Son constituciones que rescatan el papel del Estado en la economía, es decir, son constituciones anti neoliberales.

²⁰ Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387.

En la academia se señala que la elección por sufragio universal de los titulares de los tribunales constitucionales y de otros órganos constitucionales autónomos no garantizan que el electo responda siempre a los intereses, expectativas y demandas de los sectores sociales que lo eligieron y, que siempre es posible, que esos titulares interpreten las normas de manera abierta para garantizar derechos de las minorías en contra de las mayorías.²¹ Es verdad, que la elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no asegura que éstos decidirán a favor de los sectores sociales que los eligieron. Sin embargo, mantener los esquemas que hoy prevalecen para la designación o elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es una solución peor que la que consiste en hacer depender su elección de los ciudadanos, pues se corre el riesgo de que los órganos constitucionales autónomos, sean cooptados por los poderes formales o por los fácticos.

Para que los órganos constitucionales autónomos, comenzando por el Tribunal Constitucional, ganen legitimidad es necesario transformar el método de elección de sus titulares. En muchos países de la región, el nombramiento de los titulares de estos órganos obedece a la lógica del reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios o dominantes en los Congresos, por lo que se suele favorecer con más nombramiento o cuota a los partidos con mayor representación legislativa. El esquema propicia que los titulares de los órganos constitucionales autónomos sean, en muchos casos, auténticas correas de transmisión en sede institucional de los intereses de los partidos. El método de designación debe ser cambiado por otro en donde intervenga la sociedad, preferentemente a través de elecciones por sufragio universal.

Existen métodos alternativos al de la elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos. Se podría así pensar que los titulares de estos órganos sean designados por sorteo, porque así no existirían vínculos fuertes con los partidos, los poderes tradicionales u otros poderes fácticos. Pienso, no obstante lo anterior, que el mejor método es de la elección universal y directa. Las razones son las siguientes: 1) Los órganos cúspide del Estado merecen contar con legitimidad democrática directa de los ciudadanos para que sus titulares tengan responsabilidad directa frente a ellos y porque cualquier órgano cúspide del Estado debe ser expresión de la soberanía popular; 2) La historia constitucional de América Latina demuestra que los nombramientos de los titulares de los órganos constitucionales autónomos dependen del presidente o de las cúpulas de los partidos mayo-

²¹ Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 381.

ritarios; 3) El hecho anterior limita su independencia porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó; 4) Por el mecanismo de designación, los órganos constitucionales autónomos se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho; 5) No suele haber pluralismo jurídico, político o ideológico entre los titulares de estos órganos porque éstos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes; 6) Por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quién los nombró, ya sea el ejecutivo, el Congreso o, cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de éstas; 7) Los órganos constitucionales autónomos que tienen facultades para anular o invalidar leyes con efectos generales actúan como poderes contramayoritarios, capaces de anular o desaplicar normas jurídicas que han sido aprobadas por las mayorías o por los representantes de éstas; 8) El método de designación más el estatuto de sus titulares los transforma en órganos elitistas; 9) El método de designación no les permite generar vínculos con la ciudadanía ni promueve la rendición de cuentas a la sociedad; y, 10) Sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no sienten que estén allí para garantizar las necesidades, los intereses y los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del status quo.

La elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos existe y ha existido en América Latina. Además del caso boliviano que ya he comentado, el método de elección de los titulares de órganos constitucionales autónomos que propongo existió para los ministros de la Suprema Corte, el fiscal y el Procurador en la Constitución mexicana de 1857. El profesor José María del Castillo Velasco, que fue constituyente de esa Ley Suprema, en su obra “Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano” señala textualmente:

Mientras el poder judicial se considere...como ramo de la administración pública, bien podría confiarse el nombramiento de los jueces al ejecutivo, ya por sí solo, ya con intervención del legislativo; pero desde el instante en que el ejercicio de las funciones judiciales se ha considerado como un verdadero poder público; desde el momento en que a ese poder se ha confiado la inviolabilidad de la Constitución, y el examen y el juicio de las leyes mismas con relación a la ley suprema, no puede confiarse la elección de los jueces sino al pueblo...²²

²² del Castillo Velasco, José María, Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano, edición facsimilar, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 203.

Daniel Cosío Villegas en su obra “La Constitución de 1857 y sus críticos”, compara a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México del siglo XX con los ministros derivados del método de elección de la Constitución de 1857 y, concluye que éstos últimos eran, entre otras cosas, debido al método de elección ciudadano, “...independientes, fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes...”.²³

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, es fundamental. La nominación, si depende de los poderes formales o de los poderes fácticos puede estar condicionada por la ideología política, los intereses y hasta las instrucciones de quien nombra. En Estados Unidos es bastante conocida la posición de Jeremy Waldron en contra del carácter contramayoritario de la Corte Suprema de ese país.²⁴

La elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos podría comportar críticas e inconvenientes, sobre todo, si los candidatos a ocupar esos cargos son postulados por los partidos políticos, reciben financiamiento público o privado o realizan campañas. Para evitar esos inconvenientes es importante que los candidatos a ocupar las titularidades de los órganos constitucionales autónomos no sean postulados por los partidos políticos, para que no exista dependencia respecto a ellos, también debe prohibirse que esos candidatos reciban financiamiento público o privado o que realicen campañas, porque ello los haría dependientes de intereses económicos, mediáticos o de otra índole. El método ideal de elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos debe comprender tres etapas: 1) La realización de un examen de todos los aspirantes que cumplan los requisitos constitucionales y legales; 2) Los diez primeros lugares por cada posición vacante deben tener acceso a tiempos gratuitos en radio y televisión para dar a conocer sus propuestas y sus ideas en torno a la orientación constitucional y social que debe tener el órgano constitucional autónomo; y, 3) Elección por voto ciudadano, al momento de la elección del resto de los cargos públicos de elección popular, entre los diez finalistas por vacante. Estaría prohibido que los partidos u otros grupos económicos respaldaran a cualquiera de los diez finalistas.

Considero que este método limitaría los inconvenientes de la elección de los titulares por sufragio universal, garantizaría su independencia de los poderes fácticos y de los partidos y, al tener un componente basado en el mérito, promovería el arribo de las y los mejores a estas posiciones. Además

²³ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, Fondo de Cultura Económica y Clío, segunda edición, 2007, p. 102.

²⁴ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

de un método como el descrito para elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es muy importante que los aspirantes, candidatos y titulares respondan a un perfil determinado.

El perfil implica una suerte de “carta de vida”: qué es una persona, qué ha sido, qué se ha propuesto y, cuál ha sido su postura ante la vida: pasiva ante los acontecimientos o de lucha para cambiar las condiciones de su entorno. Los titulares de los órganos constitucionales autónomos no desempeñarán un trabajo más, ejercerán funciones orientadas al compromiso constitucional y democrático. Estimo que el perfil de los titulares de los órganos constitucionales autónomos debe abarcar los siguientes elementos: proactividad para interpretar el ordenamiento desde los principios de la Constitución y de los tratados, conocimientos técnicos, experiencia en cargos de dirección, capacidad en la argumentación jurídica, compromiso con la transparencia, rendición de cuentas y deliberación pública, austeridad en la administración de los recursos públicos y, aptitud para asumir las consecuencias sociales de las decisiones.

Los órganos constitucionales autónomos pierden legitimidad cuando no actúan con transparencia, cuando sus titulares no deliberan en público, cuando la argumentación de los titulares no es convincente y no está orientada hacia la realización óptima de los derechos fundamentales y de los principios democráticos y, cuando los titulares no le hablan a los ciudadanos y sí al poder. Los titulares de los órganos constitucionales autónomos deben esforzarse por maximizar los principios constitucionales, principalmente, la máxima publicidad de sus actos y decisiones como autoridades. Es muy importante que las sesiones de trabajo de los órganos constitucionales autónomos se realicen en público y, que a través de las deliberaciones de sus titulares se busque sinceramente como fundamento de las decisiones los mejores argumentos por encima de cualquier interés, sobre todo, si éste tiene que ver con el de los poderes tradicionales o el de los poderes fácticos.

XII. CONCLUSIONES

Los órganos constitucionales autónomos son fundamentales para la construcción de la democracia y para erigir un Estado Constitucional de Derecho a condición de que se trate de órganos realmente independientes, proactivos, transparentes, responsables y, que gocen de suficiente legitimidad democrática. Los órganos constitucionales autónomos pueden ser un factor institucional para acelerar los cambios democráticos y jurídicos en una sociedad.

El diseño constitucional que existe sobre ellos en América Latina no es el adecuado porque los hace dependientes de los poderes tradicionales o de los poderes fácticos. Muchas veces los órganos constitucionales autónomos actúan como correas de transmisión de los intereses de los partidos y de otros factores reales de poder.

Se requiere un diseño constitucional diferente, que democratice y transparente el funcionamiento de los órganos constitucionales autónomos. Es necesario dotarlos de autonomía presupuestal para que no sean rehenes de los Congresos. Sin embargo, el cambio más importante tiene que ver con el método de elección de los titulares. Desde nuestro punto de vista, el mejor método es aquél que hace depender a sus titulares y a los órganos constitucionales en su conjunto de la soberanía popular.

Es necesario que exista, ya como parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano o como parte del constitucionalismo democrático, una nueva teoría constitucional sobre los órganos constitucionales, que sea capaz de ubicar a los órganos constitucionales autónomos en una nueva teoría de la división de poderes, del federalismo, de las relaciones entre poderes formales y fácticos y, de los vínculos que supervisión, vigilancia y control que deben existir entre los ciudadanos y las autoridades, en este caso, de los órganos constitucionales autónomos. Las reflexiones sobre estos órganos son relevantes porque ponen sobre la mesa de las discusiones el papel de las instituciones públicas, si éstas sirven o no a la sociedad, si éstas rinden cuentas o no, si éstas son legítimas o no. Tal vez, el asunto no está tanto en la creación de unas instituciones nuevas sino en si el aparato del Estado está al servicio de su sociedad.

Finalmente, es importante señalar que la pertinencia de los órganos constitucionales autónomos debe determinarse por las propias sociedades, mediante mecanismos de consulta o refrendarios, y no por sus clases políticas. No deben crearse arbitrariamente si no van a cumplir con alguna función esencial del Estado. Al momento de conformarlos debe tomarse en cuenta que no se trata de instituciones adicionales sino de órganos cúspide en igualdad jerárquica con los poderes tradicionales del Estado, que deben además, estar vinculados fuertemente a la sociedad. Bien se puede decir que son los órganos de recambio —por su carácter democrático— de las instituciones clásicas, no porque las vayan a sustituir, sino porque sirven de referente o faro de las características que debieran tener las instituciones más importantes de cualquier Estado.

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO (DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD)

Irina CERVANTES BRAVO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Modelo de tutela constitucional para la protección de los derechos fundamentales en México*. III. *Los Derechos fundamentales de igualdad y debido proceso*. IV. *Tutela constitucional efectuada por la Suprema Corte de Justicia del debido proceso y principio de igualdad*. V. *Reflexión final*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela constitucional de los derechos fundamentales permite la consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Ciertamente el fortalecimiento de la justicia constitucional se debe a la protección y control jurisdiccional de los derechos fundamentales, al papel de los Tribunales Internacionales garantes de tales derechos, cuyas sentencias impide a los diferentes países un rezago en su normativa interna y la efectividad práctica de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos convencionales. Desde este enfoque no podemos ver nuestro sistema jurídico como un sistema aislado, o tomar a pie juntilla el clásico modelo kelsiano cuya pirámide de fuentes del derecho es cerrado por la Ley Suprema, si bien, la Constitución conserva su hegemonía como norma Suprema, esta debe entenderse e interpretarse a la luz de su intercesión con normas cuyo origen son de fuente

* Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Docente-Investigadora de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1, Reconocimiento al perfil deseable PROMEP, Miembro de la sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinadora del Doctorado Interinstitucional en Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit, Secretaria de Estudio y cuenta en la Sala-Constitucional-Electoral del Poder Judicial del Estado del Nayarit. Email: irinagraciela@hotmail.com.

internacional pero que impactan en el orden interno convirtiéndose en parte del sistema jurídico, de ahí su obligatoriedad.

México recientemente ha mejorado su sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamental, (reforma constitucional de 10 de junio de 2011) a fin de armonizar su normativa interna con los requerimientos internacionales y maximizar los derechos fundamentales, buscando una mejor protección¹, sin embargo, aún es pronto para afirmar que tenemos una tutela constitucional de los derechos fundamentales consolidada. De ahí que el presente artículo analiza el modelo, estructura y resultados de la tutela constitucional que el órgano jurisdiccional mexicano realiza.

II. MODELO DE TUTELA CONSTITUCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

La tutela constitucional en México se ha venido perfeccionando como consecuencia del avance de la democracia, por el respeto de los derechos fundamentales y con la observancia de los lineamientos establecidos por los organismos internacionales. Ciertamente en México no hay un tribunal que en exclusiva tenga la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sino que ese enjuiciamiento corresponde en general a todo los órganos jurisdiccionales, sean órganos de jurisdicción ordinaria o de jurisdicción constitucional. Así podemos decir que el sistema de tutela constitucional de los derechos fundamentales en México pertenece a un modelo híbrido o un *tertium genus* que se caracteriza por existir un control difusión en lo que respecta a la vigilancia de la supremacía de la Constitución pero en la que corresponde a un único órgano el rechazo o anulación de las normas federales inconstitucionales. Al efecto, en México la protección constitucional puede realizarse mediante un control concentrado y abstracto o mediante un control difuso que se ejerce en el momento de que cualquier juez ordinario al enjuiciar un caso concreto

¹ El 10 de junio de 2011 reformó el artículo primero de la constitución federal estableciendo expresamente el control de convencionalidad al señalar:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

inaplique una Ley ordinaria al considerarla contraria a la constitución, incluso puede inaplicarla también ejerciendo un control de convencional por ser contraria a una convención o tratado internacional. Por tanto ese control difuso puede efectuarse por cualquier juez, no sólo porque la norma que se aplica en el proceso para resolver el conflicto va en contra de la constitución sino porque va en contra de un convenio internacional suscrito y ratificado por México. A mayor claridad, abordaremos brevemente cada uno de estos modelos que conforman la tutela constitucional de los derechos fundamentales en el Estado mexicano tanto a nivel federal como local.

A) *NIVEL FEDERAL*

1. *Control Abstracto*

La Justicia Constitucional en México con sus matices, tiende hacia un sistema de control mixto, en razón de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conforme a los preceptos constitucionales 103, 105 y 107 ostenta la supremacía en la protección del texto constitucional federal, teniendo asimismo la supremacía orgánica al encontrarse en la cúspide de la pirámide judicial con todo y que el sistema federal mexicano implica la existencia de dos niveles o esferas de gobierno judicial; federal y local, dos ordenes autónomos y no subordinados el uno con el otro, lo cierto es que el Poder Judicial Federal puede anular decisiones de los jueces ordinarios o tribunales locales y no a la inversa.²

Así, el control abstracto mediante el cual la Suprema Corte de Justicia mexicana lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho, resolviendo una discrepancia en torno a la conformidad o no de un texto legal con la Ley Suprema Federal. Si el resultado del examen de constitucionalidad es negativo, esa norma no se podrá aplicar luego a ningún caso, pues deberá expulsarse del ordenamiento jurídico, esta competencia exclusiva de control constitucional que

² Es necesario realizar un examen profundo del federalismo judicial mexicano toda vez que el diseño actual no permite el fortalecimiento de la justicia local, aun cuando jerárquicamente los Tribunales no se encuentran subordinados a la instancia federal, lo cierto es que en la práctica la Justicia local se ha convertido en una justicia de paso en razón de que todas las decisiones de los órganos judiciales son impugnables ante el órgano judicial federal, cuestión que nada favorece al federalismo judicial al restarse importancia al órgano local, lo ideal es que funcionen coordinadamente, pues son ámbitos competenciales diversos de aplicación de la norma, sólo por motivos tasados y extraordinario se debe impugnar la resoluciones de los órganos jurisdiccionales locales.

en las últimas décadas se ha venido perfilando en favor de la Suprema Corte, se ejerce a través de procesos especiales tales como; acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.³

2. *Control Difuso o Concreto*

El control concreto de constitucionalidad, ejercido por cualquier órgano jurisdiccional federal a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley que el justiciable considera es inconstitucional, en la esfera federal el control difuso de constitucionalidad se ejerce mediante juicio de amparo indirecto ante los jueces de distritos y amparo directo ante los tribunales colegiados, en tanto en el ámbito electoral ha cedido parcialmente el control de la constitucionalidad aplicado al caso concreto al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁴

El instrumento por excelencia que brinda un control difuso y una tutela constitucional de los derechos fundamentales es el JUICIO DE AMPARO, es una institución genuina del sistema jurídico mexicano, sin embargo a más de un siglo de su implementación este juicio ha envejecido volviéndose formal en exceso, se encuentra muy distante de los ciudadanos, con todo ello, el Amparo es un instrumento de regularidad constitucional, al proteger

³ También se puede clasificar en este modelo de control abstracto de constitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión en donde lo que debe salvaguardar el órgano jurisdiccional no es la inconstitucionalidad de la norma existente si no la falta de norma o de un precepto normativo que impide la realización de un precepto constitucional, en consecuencia los efectos en este tipo de control es ordenar expedir la norma a fin de que pueda garantizarse a los ciudadanos sus derechos constitucionales, por tanto existe un desacato al principio de supremacía constitucional cuando el poder legislativo no desarrolla a través de una ley las previsiones de la Carta Magna Federal, es decir no expide las normas que requieren la efectividad de sus postulados y no hay otra forma de dar cumplimiento al mandato constitucional, sólo complementado esa omisión, si bien expresamente este control por omisión no se encuentra atribuido expresamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a nivel federal, en la práctica la Suprema Corte mediante juicios de controversias constitucionales o vía acción de inconstitucionalidad ha realizado el control de tales omisiones. En el ámbito local diversas entidades entre las que se encuentran Chiapas, Coahuila, Nayarit, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz, expresamente regulan en su legislación la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, lo pertinente es que se diseñe también la normativa para la omisión en el ámbito federal.

⁴ El control constitucional concreto que realiza el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación alude a un tipo de control específico para el asunto sometido a su conocimiento que le permite inaplicar la Ley por considerar que la misma vulnera la Constitución Federal sin pronunciarse sobre la inconstitucionalidad general de la norma, tiene efecto únicamente para esa controversia en particular.

los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la autoridad, actualmente se ha ampliado el ámbito de protección del juicio de amparo, encontramos la procedencia del juicio no sólo contra autoridades, sino que este concepto se amplía para reconocer la posibilidad de que los particulares violenten derechos sociales cuando tengan a su cargo la prestación de servicios públicos o de interés público, cuando actúen en el ejercicio de funciones públicas, protegiéndose intereses difusos o colectivos, procede asimismo, el amparo contra leyes y tratados que agraven al justiciable, así con la reciente reforma a la constitución se amplió la protección que se puede lograr a través del juicio de amparo no sólo a los derechos fundamentales, sino que ahora también serán objeto de protección los derechos humanos previstos en las convenciones internacionales (art. 107 Constitución). A través de este instrumento ejercen un control difuso los órganos del Poder Judicial Federal, llámese Juez de distrito, Tribunal Colegiado de Circuito o Unitario, al resolver la aplicación de la ley al caso concreto, velaran por que no se trastoque la supremacía de la carta magna federal, son órganos jurisdiccionales bi-funcionales en razón de que no sólo conocen cuestiones de jurisdicción ordinaria al aplicar las normas federales al caso concreto sino también se pronuncia sobre la no aplicación de la ley en la causa sometida a su conocimiento por ser contraria a la Norma Suprema, por consecuencia un juez de distrito mexicano vía amparo tiene a su cargo la tutela constitucional de los derechos fundamentales, esto es, no sólo se pronuncia sobre la violación de los derechos fundamentales sino que también tutela y garantiza la supremacía del texto constitucional, pudiendo controlar de oficio la inconstitucionalidad de la ley. Así lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sentar jurisprudencia [P/J 306/2000] expresando “ *la inconstitucionalidad de la ley puede ser introducida oficiosamente por el juez de distrito*”¹. Tradicionalmente la declaración de inconstitucionalidad de la norma vía amparo sólo afectaba a la partes implicada en la controversia, esto se conoce en México como la famosa fórmula de Otero o principio de relatividad, sin embargo, con las recientes reformas del 2011 se prevén los requisitos para que el pleno de la Corte emita la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme; así, en primer lugar, se necesita que a través de amparo en revisión sea establecida previamente una jurisprudencia, en la que se declare inconstitucional esa norma o su interpretación conforme⁵.

⁵ Vale señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ostenta el monopolio de la jurisprudencia sobre constitucionalidad pues expresamente la Ley Suprema en el párrafo sexto del artículo 99 indica que el pleno de la Suprema Corte de la Nación es el órgano facultado para decir que tesis prevalece en el supuesto de contradicción de tesis entre la emitida por la Corte y la sustentada por Tribunal Electoral Federal. De igual forma el control difuso

3. *Control de Convencionalidad.*

El 26 de septiembre del año 2006 nació oficialmente en el sistema interamericano de derechos humanos el término *control de convencionalidad*, en México el control de convencional entra en auge con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011. Sin embargo, no es una cuestión novedosa si tomamos en cuenta que el artículo 133 de la Constitución federal desde antaño establece una supremacía jerárquica de los tratados constituyendo el bloque de constitucionalidad, no obstante, el legislador mexicano considero necesario reforzar dicho control de la convencionalidad, con tal control aparece como señala Gozaíni un ingrediente no previsto, como lo es “*la idea de jurisdicción trasnacional, que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados Partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos*”⁶. Al efecto, los jueces ordinarios de cualquier esfera judicial pueden conocer y decidir cuestiones de inconvencionalidad al momento de juzgar, si bien no están facultados para expulsar las disposiciones legislativas del sistema jurídico que consideran contrarias a los instrumentos internacionales, pues ello es competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es quien decide sobre la constitucionalidad de las leyes,⁷

o concreto de constitucionalidad en materia electoral por disposición del párrafo sexto del artículo 99 constitucional, se realiza por el Tribunal Electoral Federal organizándose en una Sala Superior y Cinco Salas regionales, conforme al sistema federal los tribunales electorales locales no depende de se estructura orgánica, sin embargo, se encuentra vinculados a la jurisdicción que este ejerce toda vez que el Tribunal Electoral Federal tiene jurisdicción plena para revocar o modificar todo acto o resolución que considere violatorio de legalidad o constitucionalidad electoral incluso puede dictar un nuevo fallo entrando a dirimir el fondo de la controversia sustituyendo a la autoridad responsable federal o local que lo emitió (artículo 6 numeral tercero Ley General del Sistema de Medios de impugnación). Con la adicción al artículo 99 constitucional no queda lugar a la interpretación y se dibuja el nuevo escenario de control constitucional compartido entre el Tribunal Electoral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la Sala Federal y las cinco Salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al momento de enjuiciar el caso concreto podrán resolver la no aplicación de las leyes electorales que trastoquen el texto constitucional, en tanto el control abstracto de inconstitucionalidad de las Leyes electorales sigue en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (105 fracción II Constitución federal).

⁶ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial), Ed. FUNDAP, México, 2002, p.23.

⁷ Los orígenes de *control constitucional concentrando* los encontramos en la Constitución Austriaca de 1920 reformada sustancialmente en 1929, en su título IV apartado b) diseña un Tribunal Constitucional como guardián de la constitución, autónomo del Poder Judicial, Hans Kelsen es el padre de este órgano especializado en control de la constitucionalidad, el estudio de tal control se aborda científicamente hasta 1928 en la doctrina generada por Kelsen en torno a la justicia que imparte este órgano y por la opinión encontrada que recibe

si que pueden dejar de aplicar el artículo o norma que vaya en contra de un tratado internacional al momento de resolver el proceso ordinario en los que son competente. Ciertamente la línea jurisprudencial marcada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación al control de la convencionalidad es reciente a partir de la sentencia emitida por la Corte Interamericana Derechos Humanos en el asunto *Rosendo Radilla*, estableciendo entre otras cosas que las sentencia emitidas por la Corte Interamericana cuando México es parte son vinculantes y obligatorias en el orden interno. El control de la convencionalidad presupone que los jueces interpreten el orden jurídico a favor de los derechos humanos reconocidos tanto en la Ley Suprema como en los tratados internacionales donde México sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados de derechos fundamentales.

Al reconocerse el control de la convencionalidad a los jueces locales se materializa un verdadero pacto federal en la administración de justicia⁸. Hasta la fecha no existe una posición unánime de los miembros de la Suprema Corte mexicana respecto a la posición que adquieren los tratados internacionales al momento de impactar en el ordenamiento interno, lo que si se ha dejado claro que forman parte del bloque de constitucional y el primer paso es compatibilizar las normas internacionales con la Ley Suprema federal, pues más que un conflicto normativo de lo que se trata es que los órganos jurisdiccional amplíe la protección de derechos fundamentales por la Ley que mejor los proteja. Con todas reformas constitucionales para fortalecer el control de la convencionalidad por jueces mexicano comentado en líneas precedentes, el modelo de tutela constitucional federal mexicano impregna elementos del sistema norteamericano que implica un control di-

de Carl Schmitt en relación a la naturaleza de este Tribunal. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional, Colección Derecho, Administración y Política*, México, 2002. pp.24-29.

⁸ Desde antaño, autores como Sanchèz Gil considera que la parte final del artículo 133 de la Ley Suprema que ordena: "... *Los jueces de cada Estado se arreglaran a dicha Constitución, Leyes y tratados, a pesar de la disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados*". *La interpretación de tal precepto faculta a los órganos jurisdiccionales a preferir la Constitución a las leyes ordinarias, en cada caso concreto en que ésta pugne con aquélla*, este control difuso de la constitucional no afectaría al control que realizan los órganos jurisdiccionales federales.

fuso de la Constitución y de los instrumentos internacionales, a fin de lograr un sistema de división de poderes fundado en el *Checks and balances* (frenos y contrapesos), pues los jueces de todas las categorías están facultados para velar por la aplicación de la Ley Suprema, poseen no sólo la atribución sino también la obligación de desaplicar en los procesos en los que actúan las disposiciones legales que contravenga a la constitución o tratados internacionales, este sistema permite a todos los tribunales de un país inaplicar una ley invocada en un proceso sometido a su conocimiento, cuando su contenido es contrario a la Constitución o al tratado. El control lo tiene el órgano judicial en su conjunto, sin importar jerarquía para resolver cuestiones de constitucionalidad, se plantea por las partes o por el juez que conoce de una controversia concreta, la justificación de este tipo de control radica en que los órganos jurisdiccionales están sujetos a la Constitución, y si la constitución es superior a cualquier otra ley ordinaria debe ser la Constitución, y no la ley ordinaria la que prevalece, en el caso en que ambas normas sean aplicables.⁹

B) NIVEL LOCAL

A partir de la experiencia veracruzana en el año 2000, se incorporaron mecanismo de control constitucional que permiten emancipar a las entidades federativas del monopolio atesorado por el órgano federal del control constitucional, por tanto la mayoría de las entidades se han preocupado por estructurar el marco de acción de la justicia constitucional local como pieza clave para el desarrollo del federalismo. En consideración nuestra, es plausible en un sistema federal que se deposite en manos de los jueces locales el control de la constitucional, sin embargo, para que tal control en ámbito provincial tenga efectividad práctica es menester que al mismo tiempo, se otorgue mayor independencia, especialización y profesionalización a los órganos jurisdiccionales locales, a fin de combatir el centralismo judicial imperante en el país pero sin crear monopolios estatales. Al momento de

⁹ El control difuso de constitucionalidad encuentra sus orígenes en *rule of law* de la Carta Magna de 1215, en ellas se planteaba el intento de los barones ingleses de someter la voluntad del soberano Juan sin Tierra al imperio del derecho. Sin embargo, es hasta el célebre proceso de “Marbury vs. Madison” que tuvo lugar en los Estados Unidos al comenzar el siglo XX, ante el juez *John Marshall* como *Chief Justice de la Supreme Court norteamericana* (1801- 1835) donde realmente se edificaron las bases del control difuso. La resolución de *Marshall* consistió en inaplicar la norma legal que motivaba el conflicto, por contrariar la constitución, sentando jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución antes que una ley ordinaria opuesta a ella.

enjuiciar el caso concreto podrán resolver la no aplicación de las leyes que trastorquen el texto constitucional o bien como lo diseñaron algunas entidades federativas como Veracruz, Chiapas, Quintana Roo y Nayarit que tienen un modelo de tutela constitucional concentrado, al contar con un Sala que en exclusiva salvaguarda la supremacía de la Carta Magna local, de tal forma que la tutela constitucional local se expande hasta los límites competenciales de su Constitución. Además los jueces locales pueden realizar un control de convencionalidad respecto a las Leyes locales que vayan en contra de los tratados internacionales. Al efecto, un modelo de tutela constitucional que se sigue en la esfera local es concentrado, en donde un órgano constitucional es quien tiene competencia exclusiva del control de constitucionalidad. Las características esenciales del control concentrado de constitucionalidad responden a los sujetos legitimados para instar la labor de la jurisdicción constitucional, instrumentos procesales configurados como procesos autónomos de constitucionalidad y los efectos de las sentencias en caso de estimar la inconstitucionalidad de la norma. El control concentrado de constitucionalidad, en oposición al difuso, es ejercido por un solo órgano jurisdiccional creado ex profeso para ello, y al que corresponde, en única instancia, la labor interpretativa constitucional este es el modelo la mayoría de entidades federativas, a través de los procedimientos contenciosos constitucionales siguientes:

1. Controversia Constitucional

Este instrumento de control atiende a preservar el ámbito competencial establecido por la constitución para los poderes del estado (legislativo y ejecutivo), municipios y organismo autónomos, siempre que estas controversias no correspondan a las Suprema Corte de la Nación. De tal forma que este conflicto se desencadenaría si existe invasión a su competencia en alguno de los órganos locales mencionados. En tal sentido la protección constitucional que realice el órgano jurisdiccional constitucional se daría en el sentido de pronunciarse si ese acto es conforme o contrario al ámbito competencial que establece la constitución local.

2. Acciones de Inconstitucionalidad

Este instrumento se establece para impugnar una norma de carácter general que colisiona con la constitución local, este es un instrumento local

de control abstracto de la constitucionalidad, que tiene por objeto revisar las normas generales emitidas por los entes facultados para ello, a efecto de evitar que las mismas, vulneren los contenidos en la Constitución Política de la entidad federativa de la que se trate. A través de esta acción se revisarán, todas aquellas normas de carácter general en las que se cuestione su inconstitucionalidad y de resultar procedente, la Sala Constitucional con el voto de una mayoría calificada declararán su invalidez con efectos generales, por consecuencia la norma no podrá ser aplicada.

3. *Inconstitucionalidad por omisión*

A diferencia del nivel federal, en las entidades federativas se ha regulado y perfeccionado la figura de inconstitucionalidad por omisión legislativa, al entender que la norma fundamental no solo puede ser violentada por acción, sino, también por Omisión, esto ocurre cuando deja de cumplirse con lo ordenado por la constitución ante el silencio de una norma, bien sea porque no se expidió la misma(omisión total), alguno de sus preceptos son oscuro e incompletos(omisión parcial); así por ejemplo, cuando la Constitución ordena legislar en determinada materia para regular alguno de los principios generales establecidos en ella y no se hace, estamos ante la presencia de una violación constitucional por la vía de la omisión, por ende, debe existir un instrumento protector para reparar la violación, además dicha omisión no permite en ocasiones la concretización de derecho fundamentales.

La legitimación en este mecanismo de tutela constitucional varía según la entidad federativa de que se trate pues mientras que en Veracruz se encuentran tasados los sujetos legitimados (Gobernador, integrante del cabildo en los Ayuntamiento)¹⁰, en tanto en Nayarit tiene una legitimación más amplia al poder interponerse por cualquier autoridad del estado o municipio, o persona residente del estado, cuando considere que la omisión por falta de norma jurídica, dificulte el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución Política del Estado. La sentencia estimatoria debe ser aprobada cuando menos por tres votos de los cinco magistrados integrantes de la Sala Constitucional-Electoral de Nayarit.

¹⁰ A mayor información véase Samaniego Santamaría, Luis Gerardo, Análisis de la Regulación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/27.pdf> consultado el 20 de Julio del 20013. pp. 683, 685 y 686.

4. *Cuestiones de inconstitucionalidad*

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por cualquier autoridad u organismo autónomo, cuando se considere de oficio o petición de parte que una norma de carácter general aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la constitución local. Las pautas procesales para dar cauce a este medio de control constitucional se inician por petición de parte interesada, pues la cuestión de inconstitucionalidad ha sido diseñada por legislador local para que cualquier sujeto parte de un procedimiento en el que se aplicara una norma general determinante para el fallo pueda cuestionar su constitucionalidad aun cuando el órgano que conoce del asunto hubiera omitido su planteamiento, cualquier autoridad y organismo autónomos. O bien, la autoridad antes de aplicar la ley, si presume que ésta es contraria a la Constitución, consulta a la Sala Constitucional si la norma puede ser aplicada o no. Será la Sala Constitucional quien determine la validez y aplicación de la norma al caso concreto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional. Con este instrumento se concentra el control constitucional en un solo órgano, al tiempo que se posibilita que cualquier autoridad pueda ejercer la vigilancia de la supremacía constitucional local.

Es una duda de constitucionalidad respecto a la norma que va aplicar al ciudadano porque la autoridad o el justiciable considera que esa norma que se va aplicar es contraria a la constitución, tiene el efecto de suspende el acto al cual se pretende aplicar hasta en tanto no se pronuncie sobre la validez o invalidez de la norma cuestionada.

5. *Amparo local*

El juicio de protección de derechos fundamentales local se encuentra regulado en Veracruz, Tlaxcala y Nayarit, es el instrumento de tutela constitucional de derechos fundamentales por excelencia, procede en contra de cualquier acto, hecho u omisión de la autoridad que conculque tales derechos fundamentales reconocidos por la constitución local, es conocido como amparo local, su ámbito de protección son los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna local, cuya eficacia se amplía si dicha Ley suprema desarrollada un catalogo de derechos fundamentales más amplios que la Constitución federal. Así nos encontramos que en la esfera local las constituciones consagran derechos fundamentales tales como; libertad, intimidad, dignidad de las persona, el derecho a la vida, igualdad, derecho al

trabajo, derecho a un ambiente sano, debido proceso, seguridad jurídica, derechos sociales, y salud integral, derecho genoma, acceso a la información, entre otros, los cuales requieren ser protegidos mediante un instrumento eficaz que asegure su cumplimiento en el nivel local, pues muchos de ellos no se reconocen expresamente en la Carta Federal. Respecto al tema que nos ocupa, vale señalar que en el contexto local se ha solicitado la Tutela Constitucional para proteger los derechos fundamentales de igualdad y debido proceso, así encontramos que en Tlaxcala se ha solicitado la tutela constitucional del derecho fundamental de igualdad,

en los amparos JPC-2/2006 JPC-3/2006 y JPC-4/2006, en el primero de ellos el recurrente considera vulnerado su derecho de igualdad al no permitirle arbitrariamente participar en igualdad de circunstancias en el proceso de selección para auditor de fiscalización superior del Congreso de Tlaxcala y por el hecho de no proporcionarle su remuneración en la misma proporción que al resto de sus compañeros, pues se le apartó del cargo como Director de Obras Públicas del Municipio de Apizaco Tlaxcala. En tanto en los otros dos amparos (JPC-3/2006 y JPC-4/2006), se reclamo ante el órgano constitucional del Tlaxcala vulneración al derecho a la igualdad al considerar los quejosos (personas morales) que se les aplicaba desigualmente las nuevas tarifas de agua potable, aplicándose en consecuencia cobros fiscales de manera desigual afectando con ello su fuente de trabajo¹¹.

Por su parte la Sala Constitucional de Nayarit ha venido tutelando el derecho fundamental al debido proceso, así en el amparo SC-E-JPDF-80/2012, se reclamó ante el órgano constitucional nayarita la abstención del Procurador General de Justicia a autorizar la opinión fundada y motivada de no ejercicio de la acción penal en la indagatoria TEP/II/AP/1384/12. En tal sentido, la Sala Constitucional considero vulnerado el derecho fundamental al debido proceso por la omisión legal desplegada por el fiscal general, señalando que

dicha conducta del fiscal atenta flagrantemente el contenido del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que consagra los lineamientos generales del debido proceso legal, el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Empero, las garantías de este artículo no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todos los órganos que ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional, lo que se traduce en la obligación de todo órgano del Estado que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales a resolver cualquier

¹¹ Bustillos, Julio, Amparo Federal vs Amparo Local, la Incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/15/cle/cle7.pdf>, el 21 de julio del 2013. pp. 115, 116 y 117.

*controversia o asunto, planteado por cualquier ciudadano, atendiendo a las garantías procesales y dentro de un plazo razonable. Por tanto, la omisión del Fiscal del Estado de emitir pronunciamiento sobre la autorización o no de la opinión de no ejercicio de la acción penal presentada por el agente del Ministerio Público, atenta inminentemente contra los derechos contenidos en las disposiciones legales y convencionales de las que México es parte, por tanto se concede la protección de la tutela constitucional local al quejoso, para el efecto de que se restituya su derecho fundamental violentado al debido proceso, ordenándose al fiscal local que emita su opinión en un plazo máximo de 3 días en relación a si autoriza o no la propuesta de no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa TEP/II/AP/1384/12 y ordene al agente del Ministerio Público número 4, especializado en delitos patrimoniales, a proceder en consecuencia.*¹²

Como podemos observar en el contexto local, poco a poco se está diseñando una tutela constitucional de los derechos fundamentales, aún falta mucho camino por recorrer, lo pertinente es que las sentencias locales sean firmes y definitivas, sólo impugnables por motivos extraordinarios y tasados, estableciéndose con ello un autentico federalismo de tutela constitucional.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO

Existe toda una disquisición en la doctrina sobre la conceptualización de los derechos fundamentales y su distinción con el concepto de derechos humanos, discusión teórica que no abordaremos en el presente artículo dado que nos apartaría de nuestro tema central, basta decir siguiendo la definición formal construida por Ferrajoli “*que por derechos fundamentales podemos entender aquellos derechos públicos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos garantizando su libertad*”¹³. Los Derechos fundamentales representan un conjunto de normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal, por tanto son un elemento configurador del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Son inherentes a la dignidad humana, constituyendo facultades cuya falta de reconocimiento o respeto supone un atentado contra la dignidad, asimismo constituyen un elemento de legitimación para el poder público, dado que un gobierno no puede considerarse legítimo si no reconoce y respeta los derechos que se derivan de la dignidad humana, vin-

¹² Vid. Sentencia de Amparo SC-E-JPDF-80/2012, Sala Constitucional- Electoral de Nayarit, consultable en http://www.tsjnay.gob.mx/tribunal/sala_constitucional/organizacion_2010.htm

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3era edición, Ed Trotta, España, 2001, p. 19.

culan a los operadores jurídicos, a los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), a los individuos¹⁴, por tanto cumple una doble función limitan el ejercicio del poder público al tiempo que constituyen el fundamento de la legitimidad del Estado constitucional¹⁵.

Lo ideal es que en una sociedad se concreten y resulten efectivos los derechos fundamentales sin necesidad de acudir a los tribunales para su protección, lo cierto es que la realidad nos muestra que ello no es así, pues en ocasiones en algunos sistemas jurídico no sólo falta desarrollar y garantizar los derechos fundamentales, sino que además se vulneran. A fin de dotar de eficacia a tales derechos fundamentales resulta necesaria la tutela constitucional que realiza el órgano jurisdiccional, de tal forma que la observancia de los derechos fundamentales no quede al arbitrio de la autoridad, ni del particular. Ciertamente los procesos de tutela constitucional tiene como finalidad salvaguardar la supremacía del texto constitucional de cualquier norma o acto que no permita materializar el contenido de la misma.

Los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales¹⁶. Sabemos que en sí mismos los derechos fundamentales son garantías, pues muchos de ellos, como es el caso del debido proceso se traducen en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos, como en el reconocimiento de los medios procesales adecuados para garantizar una buena defensa ante los órganos jurisdiccionales. Por su parte el derecho fundamental de igualdad tiene una doble naturaleza tanto sustantiva al oponerse como limite a la autoridad, como adjetiva pues el derecho fundamental de igualdad es uno de los principios rectores de todo proceso para garantizar la imparcialidad del mismo. El importante papel

¹⁴ Tal como afirma Hernández Martínez, Pilar Los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural, el sentido de una vida estatal contenida en una Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico, así, son elementos del ordenamiento objetivo, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un sistema axiológico, que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional fundamental para todos los sectores del derecho, vid. Hernández Martínez, Pilar, "Constitución y Derechos Fundamentales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, consultado el 25 de julio del 2013 en <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>.

¹⁵ Natarén Nandayapa, Carlos, la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ed. IJ-UNAM, México, 2006. pp. 6 y 7.

¹⁶ Haberle, Peter, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, Ed. PUCP-MDC Fondo Editorial, Peru, 1997, pp. 290 y 292.

que desempeñan los derechos fundamentales de naturaleza procesal es evidente no sólo para reparar el daño en la esfera de derechos del individuo sino también en beneficio del sistema de justicia constitucional, pues tal como indica Natarén Nandayapa

una tutela eficaz de los derechos de naturaleza procesal puede contribuir a una mejor articulación y colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, ya que la superación de las tensiones entre ello pasa por el establecimiento de medios para corregir de forma eficaz y por la misma jurisdicción ordinaria las vulneraciones de derechos fundamentales que realice el juez ordinario¹⁷.

Centrándonos en los derechos fundamentales objeto de nuestro estudio, podemos decir que por debido proceso podemos entender una defensa con la observancia de todos los principios inherentes al proceso que permitan una tutela adecuada y efectiva, condiciones que deben ser cumplidas para una adecuada defensa, pues su causa se está decidiendo por el órgano jurisdiccional, es el acceso a la justicia como garantía para ser oído y vencido en juicio, derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz con todas las garantías de imparcialidad, presunción de inocencia, proceso sin dilaciones indebidas, proceso público juez predeterminado por la Ley que este se desenvuelva en sus diferentes etapas teniendo derecho a la prueba, al recurso y que se garantice la eficaz ejecución de la resolución¹⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece como sinónimos debido proceso y garantías judiciales, estableciendo que dichas garantías tienen como función primordial proteger o salvaguardar el ejercicio de un derecho, son garantías judiciales indispensables para la protección de derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos¹⁹. Por otra parte, la igualdad como derecho fundamental sigue prevaleciendo en su explicación, el postulado que establece tratar igual a los iguales y desigual a los diferentes. Una definición bastante completa la realiza la Corte Constitucional Colombiana al establecer que el

principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar

¹⁷ Natarén Nandayapa, Carlos, op. cit., p.12

¹⁸ Gozáini, Osvaldo Alfredo, op.cit., p. 24.

¹⁹ González Romero Verduco, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Ed. PORRUA- UNAM, México 2000, p. 82.

de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 de la Constitución Colombiana, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.²⁰

Ciertamente, el principio de igualdad lleva implícito la no discriminación, esto es no se puede tratar de forma diferente a dos o más personas con base en algún criterio que se juzgue no razonable. Así la teoría constitucional explica el derecho de igualdad a través de juicios de relevancia, de tal forma que si entre dos personas mantienen diferencias irrelevantes, entonces debemos darle un tratamiento igual, en cambio si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento en el ordenamiento jurídico debe ser distinto.²¹ Una vez explicados tales derechos fundamentales, en el siguiente punto estudiaremos como se ha realizado la tutela constitucional de tales derechos por la Suprema Corte Mexicana.

IV. TUTELA CONSTITUCIONAL EFECTUADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL DEBIDO PROCESO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

En la última época la doctrina jurisprudencias delineada por la Corte Suprema mexicana respecto a la protección del derecho de igualdad y el debido proceso ha tenido un mayor desarrollo, ello nos permite sentar en líneas generales como se ha venido perfilando tal protección.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte mexicana en torno al derecho de igualdad, entre otras cosas señalan que cuando se ve implicado una reclamación que afecte el principio de igualdad el Juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas para ver si las mismas resultan constitucionales, por tanto si la acción clasificadora del legislador incide en los derechos fundamentales, será necesario aplicar con especial intensidad la exigencia derivadas del principio de igualdad y no discriminación, porque el legislador en su función legislativa tiene límites como es la

²⁰ Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-250/12, consultable en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-250-12.htm>.

²¹ CARBONELL, Miguel, Igualdad y Libertad propuestas de renovación constitucional, Ed. IJ-UNAM, pp.63 y 64. México, 2007.

no discriminación (étnica, género, edad, capacidades diferentes, condición social, salud, religión estado civil) o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Pues si bien puede hacer uso de tales categorías en el desarrollo de su función normativa, debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo teniendo como directriz el respeto a la garantía de igualdad²². Por otra parte, la Suprema Corte de justicia ha determinado que cuando se reclame la tutela constitución por vulneración al derecho de igualdad, respecto a la distinción que haga una norma entre dos o varios hechos, sucesos, personas, colectivos, debe analizarse si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si por el contrario constituye un discriminación contraria al principio de igualdad. Examinar además si tal distinción es un instrumento apto para el objetivo que el legislador pretende alcanzar, y si tal medida cumple con el principio de proporcionalidad, sobre todo el órgano constitucional deberá verificar si al desarrollar tarea legislativa no trastoca la igualdad como un derecho de carácter fundamental. Con tales determinaciones por parte de la Corte mexicana, tal como lo aprecia CARBONELL, *la Corte no sólo recoge una forma moderna de razonamiento judicial, sino que crea un estándar de medición racional para discernir si las leyes se ajustan o no los mandatos de igualdad y no discriminación*²³. Un caso paradigmático de protección al derecho fundamental de igualdad lo encontramos en el amparo en revisión 581/2012, sentencia que plausiblemente tutela de este derecho, pues realizando una argumentación histórica, teórica, dogmática y funcional del principio de igualdad, llega a la conclusión que se vulnera las garantías de igualdad y no discriminación contenidas en los artículos 1º y 4º de la constitución federal porque ante una misma situación jurídica trata de forma diferenciada a las parejas homosexuales, al negar a estas parejas el derecho a contraer matrimonio se les esta segregando. En este sentido, se argumenta en la sentencia las preferencias sexuales no constituyen una razón válida que justifique ese tratamiento diferenciado de la legislación secundaria determinando que la regulación es discriminatoria por no permitir el acceso a la institución matrimonial a las parejas homoparentales, a la luz del principio de igualdad.

Ahora bien, respecto al derecho fundamental del debido proceso, la línea perfilada por la Corte mexicana se ha fortalecido en la última época,

²² Véase sentencias IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS. Amparo indirecto en revisión 988/2004, 29 de Septiembre 2004. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA A ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, sentencias citadas por Miguel Carbonell en Op. Cit., pp.66 y 67

²³ *Ibidem*. 68.

resultado común encontrar concesión de la tutela constitucional por vulneración al debido proceso, en su vertiente de derecho a la prueba lícita, o por falta de fundamentación y motivación de la sentencia oral, pues el sistema acusatorio oral debe velar por la publicidad pero resolución debe contener los motivos y fundamentos que sustenten la sentencia de condena, aun cuando la misma es pronunciada por el Juez en la audiencia de manera oral. De igual forma, la jurisprudencia derivada de la tutela constitucional concedida a FLORENCE CASSEZ, delinea una línea a seguir para los órganos jurisdiccionales respecto al debido proceso, pues en la argumentación principal de la sentencia el órgano constitucional concluyó vulneración al debido proceso, por obtención de pruebas ilícitas, por la retención ilegal, por no respetar los plazos en la detención y por negarle el acceso a la asistencia consular y vulneración a la presunción de inocencia. Acertadamente la Suprema Corte concluyó que resulta imperativo la notificación, contacto y asistencia consular a los extranjeros que se encuentren privados de su libertad en un proceso penal. Pues la asistencia consular es vital para asegurar una defensa adecuada en situaciones que impliquen una privación de la libertad, en donde las violaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros son comunes por la falta de conocimiento del sistema jurídico en el que se ven inmersos²⁴. El órgano constitucional sostuvo;

los extranjeros se enfrentan a desventajas singulares al momento de ser detenidos por una autoridad y someterse a un proceso penal bajo las normas de un ordenamiento jurídico que les resulta extraño. El derecho a la notificación, contacto y asistencia consular representa el punto de encuentro entre dos preocupaciones básicas del derecho internacional. Por un lado, afianzar el papel de las oficinas consulares como representantes de la soberanía de su país de origen y, por el otro, la creciente preocupación de la comunidad internacional por el respeto a los derechos humanos, siendo particularmente relevante la tutela judicial efectiva de aquellos derechos que conforman las garantías del debido proceso.

En esta misma línea, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos de América), reconoció que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares consagra un verdadero derecho fundamental para los individuos detenidos en el extranjero y que los Estados deben propiciar todas las medidas posibles que otorgue su ordenamiento jurídico a fin de re-

²⁴ Vid. DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. FUNCIONES BÁSICAS QUE ESTE DERECHO IMPLICA. Seminario Judicial y su gaceta, 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; p. 529.

parar a los extranjeros las violaciones a este derecho²⁵. De la misma manera, el debido proceso implica proteger el principio de presunción de inocencia, al considerar la Suprema Corte Mexicana que la finalidad de brindar información sobre hechos delictuosos a los medios periodísticos no puede justificar la violación a la presunción de inocencia, como regla de trato en su vertiente extraprocesal, por parte de las autoridades que exponen como culpables a los detenidos²⁶.

Finalmente, la Suprema Corte de justicia mexicana ha determinado como parte fundamental del debido proceso la congruencia de la sentencia, de tal forma si en el juicio ordinario no se demandó a uno de los progenitores de los menores su pago, el juzgador no está facultado para pronunciarse al respecto, actuar de manera contraria implicaría incongruencia y violación al derecho de audiencia y debido proceso.²⁷

V. REFLEXIÓN FINAL

El modelo de tutela constitucional de los derechos fundamentales en México con sus matices es concentrado, A fin de eficientar la tutela constitucional local es menester que se dote de definitividad a los fallos de los organismos jurisdiccionales locales, pues ha quedado demostrado que en el ámbito local se amplía el catálogo de derechos fundamentales, por tanto resulta imperativo prever su protección. Ciertamente se ha avanzado en la tutela constitucional de los derechos fundamentales en México, a través de tal tutela se han concretizado su efectividad práctica, en el caso del derecho de igualdad y debido proceso existe una línea jurisprudencia definida que permite su protección. Estamos convencidos que uno de los mayores retos del tutela constitucional es la cultura y familiarización de los operados jurídicos y la ciudadanía, si no

²⁵ *Vid.* DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS A LA NOTIFICACIÓN, CONTACTO Y ASISTENCIA CONSULAR. LA FINALIDAD DEL ARTÍCULO 36, PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES EN EL DERECHO INTERNACIONAL. Seminario Judicial y su gaceta, 10a. Época, 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; P. 530.

²⁶ PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU RELACIÓN CON LA EXPOSICIÓN DE DETENIDOS ANTE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. Seminario Judicial y su gaceta, 10a. Época, 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; p. 565

²⁷ PENSIÓN ALIMENTICIA. SI EN EL JUICIO ORDINARIO NO SE DEMANDÓ A UNO DE LOS PROGENITORES DE LOS MENORES SU PAGO, EL JUZGADOR NO ESTÁ FACULTADO PARA PRONUNCIARSE AL RESPECTO, PUES ACTUAR DE MANERA CONTRARIA IMPLICARÍA INCONGRUENCIA Y VIOLACIÓN AL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEBIDO PROCESO. Seminario Judicial y su gaceta, 10a. Época, T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3; p. 2227

entendemos el significado, contenido y aplicabilidad de los derechos fundamentales depositados en la Carta Magna o en los instrumentos internacionales, son falibles y susceptibles de ser vulnerados, situación que en nada abona a la consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho si uno de sus elementos claves como son los derechos fundamentales no se concretizan.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- BREWER-CARIAS, Allan R. “Instituciones políticas y constitucionales”. Tomo VI, *La Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana - Universidad Católica del Táchira, Venezuela, 1996.
- BUSTILLOS, Julio, *Amparo Federal vs Amparo Local*, la Incertidumbre de la protección constitucional local frente a la jurisdicción federal consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/15/cle/cle7.pdf>, el 21 de julio del 2013
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Libertad propuestas de renovación constitucional*, Ed. IJ-UNAM, México, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1982). “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista española de Derecho Constitucional* N° 5, Madrid, España.
- EUIGUREN PRAELI, Francisco. “Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica. Una visión comparativa”. Ed. CIEDLA, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3era edición, Ed Trotta, España, 2001.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coordinadores). “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”. Editorial Dykinson y otras, Madrid, España, 1997.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs activismo judicial)*, Ed. FUNDAP, México, 2002.
- GONZÁLES ROMERO VERDUSCO, Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Ed. PORRUA- UNAM, México 2000.
- HABERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Ed. PUCP-MDC Fondo Editorial, Peru, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pilar, “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, consultado el 25 de julio del 2013 en <http://juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>

- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Ed. IJ-UNAM, México, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y Europa”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 4, Madrid, España, 2000, páginas 243-307.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, 1965, P.306 y ss. El razonamiento kelseniano citado por GIOVANNELLI, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1997). *La forma del poder*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, Análisis de la Regulación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa en México, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/27.pdf> consultado el 20 de Julio del 20013. pp. 683, 685 y 686.
- URIBE ALZATE, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- , *Derecho procesal constitucional, y otros ensayos de justicia constitucional*, Ed. FUNDAP, México, 2004.

LECCIONES DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA
EN TORNO A LA CREACIÓN DE UN INSTITUTO
NACIONAL DE ELECCIONES EN MÉXICO:
HACIA EL FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS
ELECTORALES LOCALES

Oswaldo CHACON ROJAS*

El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es clave para entender el cambio histórico.

Douglas NORTH

SUMARIO: I. *Aspectos generales.* II. *¿Son los Institutos Electorales Locales confiables para realizar elecciones imparciales?* III. *¿La creación de un el INE la solución viable y pertinente a la supuesta falta de garantía de equidad en los comicios locales?* IV. *Propuestas.*

I. ASPECTOS GENERALES

Como sabemos, después de cada proceso electoral resulta necesario revisar las reglas del juego, con la finalidad de buscar nuevas reformas de subsanar las supuestas deficiencias evidenciadas en la elección pasada.

El proceso electoral 2012 y las elecciones locales de 2013 han evidenciado nuevos retos y desafíos que hay que atender. Han surgido recientes cuestionamientos a nuestro modelo electoral, centrados principalmente en la falta de condiciones para celebrar elecciones equitativas y transparentes en las entidades federativas.

Sin embargo, en materia electoral la organización del Estado ya no se circunscribe al análisis de la tradicional división tripartita de poderes y es-

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas, México.

estructuras jerarquizadas sino en un complejo entramado en el que coexisten órganos administrativos, jurisdiccionales, unipersonales, colegiados, autónomos, independientes, etcétera.

Lo anterior es así, ya que una de las funciones primordiales de la Constitución consiste en configurar y organizar el ejercicio del poder público (ver artículos 39, 40, 41 párrafo primero, 49 y 116 de la Constitución Federal). Este poder de organización -como poder constituido- se ejemplifica mediante una serie de potestades que se reparten entre diversos órganos diseñados. En primer lugar, por la misma norma constitucional conforme a criterios diversos (equilibrio, colaboración, jerarquía, etcétera); en segundo lugar, son desarrollados por la ley y, finalmente, las normas infralegales.

Por este motivo, es lógico comprender que en la organización de un proceso estatal electoral participan diversos órganos que desarrollan funciones y potestades que el ordenamiento jurídico diseña. Los diferentes órganos que aquí se exponen fueron diseñados por las diversas Constituciones estatales para ejecutar diversas funciones o actividades que sirven de punto de diferenciación y análisis, es decir que la *potestad organizadora estatal* se manifiesta a través de múltiples actos de los diversos órganos previstos por el ordenamiento jurídico.

Aunque aún, en todas las entidades federativas se mantienen sólidos los tres órganos tradicionales del Estado, solamente algunas funciones específicas y de relevancia política o económica fueron separadas de la estructura administrativa existente y se depositaron en nuevos órganos que no respondieran al funcionamiento jerárquico de la actuación administrativa heredado del modelo liberal.

Este mismo diseño autonómico se determinó en las bases del pacto federal (artículo 116) para que en cada uno de los Estados federados existieran características esenciales a partir de las cuáles cada diseño estatal pudiera introducir especialidades a su diseño organizativo electoral.

La actuación autónoma de los órganos electorales constituye la esencia de su existencia para el correcto desempeño de sus funciones como centro diferenciado de imputación jurídica (personalidad jurídica propia), aunado al eminente carácter ciudadano de sus cargos de decisión, lo que intenta alejar al órgano aún más de los vínculos con sectores o grupos determinados (partidos políticos, cámara empresariales, organizaciones sindicales, entre otras).

Hay que desatacar que la *jerarquía* -como principio básico del funcionamiento administrativo en México- tiene explicación propia en el caso de los órganos constitucionales autónomos. A diferencia de lo que ocurre con otros órganos que también ejercen funciones administrativas (Dependen-

cias y organismos estatales), los órganos electorales, en sus relaciones con otros órganos, *no responden a la relación jerárquica y servicial tradicional* que caracteriza a la que mantiene el Gobierno y la Administración pública, sino que, por el contrario, la idea misma de su existencia radica en separarlos, en la medida de lo posible, de las órdenes, instrucciones o cualquier otra decisión o presión por parte de los órganos estatales de carácter político (Congreso y Gobernador, por citar algunos ejemplos).

De ahí que las *relaciones externas* de dichos órganos autónomos resultan, en principio, *incompatibles con una posición subordinada* a otros órganos o intereses particulares precisamente por efecto de la *autonomía funcional*.

La *neutralidad y objetividad* de sus actuaciones resultan requisito sustancial de su actuación autónoma que aleje a los órganos electorales de la influencia, presión o coacción que pueda recibir desde todos los ámbitos político, partidista, sindical y empresarial.

Sin embargo, es indispensable precisar que la *autonomía y actividades administrativas de los órganos constitucionales autónomos no los exime de la sujeción a otras normas jurídicas* aplicables de manera general a cualquier órgano estatal, en la medida en que no condicionan o limitan su autonomía funcional y responden a otros principios esenciales del ordenamiento jurídico. De ahí que dichos órganos constitucionales autónomos están obligados a la aplicación de las normas generales de fiscalización, de transparencia y acceso a la información, de responsabilidad patrimonial, por citar los casos más conocidos.

Ahora bien, durante los últimos años diversos escándalos públicos han puesto en tela de juicio, la autonomía e imparcialidad de los órganos electorales, lo cual nos obliga a atender los siguientes planteamientos, ¿son confiables los institutos electorales locales? ¿si no lo son, cuales son las causas? ¿si no lo son, es la solución desaparecerlos y crear un Instituto Nacional de Elecciones (INE)? ¿Si el INE no es la solución cuales son las alternativas? Por lo cual, en los siguientes apartados trataremos de analizar estas interrogantes.

II. ¿SON LOS INSTITUTOS ELECTORALES LOCALES CONFIABLES PARA REALIZAR ELECCIONES IMPARCIALES?

Antes que nada, resulta indispensable precisar que la confiabilidad en el trabajo de los órganos locales puede ser medida cuantitativamente (considerando el numero de impugnaciones o recursos a sus decisiones, o analizando los resultados electorales) o cualitativamente (considerando el nivel de percepción ciudadana).

Empero, desde nuestra perspectiva los datos cuantitativos son insuficientes para generar conclusiones, ya los resultados pueden ser consecuencia de diversos factores, por ejemplo que exista alternancia en los cargos públicos que se eligen en cada una de las entidades federativas, puede deberse al resultado de acuerdos políticos, y no al desempeño de estos organismos. Lo más importante en materia electoral es el grado de confianza de los actores políticos, y ahí lo que se observa son marcados cuestionamientos mediáticos al trabajo y desempeño de dichos organismos.

Lo que podemos afirmar en definitiva, es que nos enfrentamos a un problema que cuenta con poco respaldo empírico. La iniciativa presentada que impulsa la creación de este Instituto Nacional de Elecciones carece de cualquier tipo de sustento (estudios, opiniones, informes) que señale que la propuesta formulada es el medio adecuado para lograr los fines que se propone – fortalecer a las autoridades electorales, evitar gasto excesivo de recursos, etc. –.

Hasta ahora, no ha surgido un argumento en el debate público que cuestione la ineficiencia de estos organismos. Han organizado elecciones locales por más de veinte años, y poco se ha cuestionado su falta de expertise o conocimiento de la materia al momento de llevarlas a cabo, a pesar de que muchos de ellos no cuentan con un servicio profesional de carrera como el del Instituto Federal Electoral (IFE).

También, se debe señalar que éste no se trata de un problema de falta de competencias de estos organismos locales, pues la mayoría de las legislaciones otorgan a dichos entes las mismas o mayores atribuciones que el IFE.

El centro de los cuestionamientos es la supuesta falta de independencia de estos organismos en sus actuaciones que impactan en el resultado electoral, como es el cómputo y escrutinio de actas, o en el inicio y seguimientos a quejas. Se argumenta que su parcialidad resta garantías de equidad y transparencia a los comicios locales. Sea cuestionado permanentemente que se actué contra unos actores pero no contra otros.

La falta de parcialidad que se alega de estos organismos, está vinculada al supuesto sometimiento a los intereses de los gobernadores en turno. Se tiene la percepción de que los actores políticos intervienen en las decisiones de los institutos y tribunales electorales de las entidades federativas. Negarlo implica ir contra una percepción generalizada, ya que el que no se pueda acreditar el intervencionismo gubernamental en el desempeño de estos organismos no implica que no exista, pues están dadas las condiciones para suponerlo.

En efecto, los factores determinantes para el funcionamiento de las instituciones informales, como son la oferta, la demanda y las garantías de

cumplimiento están presentes en el contexto de las entidades federativas de este país.

El poder relativo de los gobernadores es un producto de la transición democrática. De un tiempo a esta parte, los gobernadores han ganado autonomía de gestión, poder de negociación en el Congreso y mayores recursos presupuestales. Si antes se disciplinaban ante la voluntad del Presidente, un mecanismo de control imperfecto y discrecional, pero control al fin y al cabo, tras la alternancia en Los Pinos ese mecanismo perdió fuerza. A su vez, el debilitamiento relativo del Presidente transformó a los gobernadores en jefes naturales de sus bancadas legislativas. Y con la llegada de los gobiernos divididos, éstos adquirieron un mayor poder de negociación que les ha permitido hacerse de cada vez mayores recursos presupuestales.

Hoy día, 11 de 32 entidades no son gobernadas por el PRI, mientras que sólo en 13 entidades el partido del gobernador cuenta con mayoría en su Congreso local, de modo que hay gobierno dividido en 19 casos. Por desgracia, la alternancia y los gobiernos divididos locales no han resultado ser un contrapeso eficaz ni suficiente para nuestros muy ambiciosos gobernadores.

III. ¿LA CREACIÓN DE UN EL INE LA SOLUCIÓN VIABLE Y PERTINENTE A LA SUPUESTA FALTA DE GARANTÍA DE EQUIDAD EN LOS COMICIOS LOCALES?

La viabilidad de creación de este organismo, es uno de los aspectos más importantes, ya que ilustra los requerimientos necesarios para llevar a cabo materialmente este nuevo diseño, a saber:

- a) Pasa por dotar desde la normatividad al nuevo organismo de la estructura necesaria para organizar elecciones y procesos de participación ciudadana a nivel estatal y municipal.
- b) Homologación legislativa. Representa un enorme reto técnico en la aplicación por las diferencias entre los ordenamientos jurídicos locales (algunos contemplan urnas electrónicas, otros no, en algunas entidades se llevan a cabo elecciones por usos y costumbres, la regulación de los partidos políticos locales varían, las figuras de participación ciudadana se aplican de forma distinta, entre otros supuestos).

Otro factor a analizar, es la pertinencia de creación del citado organismo federal, ya que toda reforma se debe medir en términos de su eficacia para combatir un problema, sabiendo que no existen soluciones definitivas

y que su aplicación ciertamente creará otras complicaciones imprevistas. Sin embargo, ¿se puede decir que sería un arreglo mejor crear el INE? Para empezar veamos el problema: *aunque la aplicación de las leyes electorales es por lo menos aceptablemente buena a nivel federal, la normatividad y administración de los comicios está en buena medida sujeta al control de los gobernadores. Visto desde esta perspectiva cabría preguntarse si la centralización ayudaría a mejorar las condiciones de certeza jurídica y equidad en la contienda.*

En los estados se ha legislado mucho en materia electoral, pero más con el ánimo de justificar excesos que por erradicarlos: la segunda vuelta electoral para los ayuntamientos, las figuras de plebiscito, referéndum e iniciativa popular, candidatos independientes, calendarios flexibles, etc. Sin embargo, tampoco existen elementos para señalar que la centralización de la función electoral ayudaría a solucionar estos problemas.

Si bien los argumentos técnicos que cuestionan la viabilidad del INE pueden ser superados y que su creación no violenta el pacto federal, no significa que sea la mejor solución a los problemas de inequidad electoral en las entidades federativas.

Es evidente que existen factores empíricos institucionales o culturales que sobre empoderan a los gobernadores y debilitan los contrapesos de poder, por lo que hay muy pocas esperanzas de generar mejores condiciones de competencia en contextos de esa naturaleza.

IV. PROPUESTAS

Al no propiciar la creación del INE, una solución eficiente al problema de imparcialidad, así como a la falta de neutralidad y objetividad, se plantean las siguientes propuestas:

- Aumentar la confiabilidad en la imparcialidad de los órganos electorales locales, atendiendo los siguientes aspectos:
 - Establecer un nuevo mecanismo de designación de Consejeros Electorales. La experiencia reciente evidencia que este mecanismo requiere modificaciones sustantivas que permitan la selección de perfiles idóneos a partir de un procedimiento transparente, objetivo y eficaz.
 - Garantizar a nivel constitucional la inamovilidad de los titulares de estos organismos.
 - Establecer un presupuesto anual fijo para dichos organismos, con la finalidad de que éstos tengan la certeza que cada una de las

decisiones que tomen no se va a ver reflejada en la asignación de su presupuesto

- Prohibir a los titulares de dichos organismos, la prohibición de ocupar puestos públicos en los 10 años posteriores a la culminación de su encargo.
- Fijar una duración del encargo muchos más amplia.

— Establecer un Modelo menos restrictivo:

Hemos tenido ya siete reformas electorales desde 1977, que en su conjunto nos han dado uno de los sistemas electorales con más salvaguardas y restricciones en el mundo. Los topes de gastos, las limitaciones de a la financiación privada de campañas y a la contratación de tiempos de radio y televisión, las listas nominales y la credencial con fotografía, el uso de tinta indeleble, el sellado de las credenciales, la forma de contar los votos y muchas otras medidas han sido diseñadas precisamente para evitar fraudes electorales.

El problema electoral de México no es, sin embargo, la falta de salvaguardas. Nuestro sistema no falla porque no tengamos suficientes restricciones sino por exceso de ellas. El exceso de reglas, el nivel de las restricciones y la severidad de las sanciones, no sirven para generar equidad a los procesos electorales sino para favorecer la simulación.

El modelo electoral, parafraseando a Sowell, tiene que ser entendido en términos de los incentivos que produce y no de retóricas esperanzadoras

En materia de precampañas, las restricciones financieras fomentan que los partidos políticos, precandidatos y candidatos realicen actos anticipados simulados, y privilegian a los partidos que tienen varios precandidatos y castigan a aquellos que llegan a acuerdos de unidad. Esto genera un fuerte incentivo para tener a varios precandidatos, aun cuando algunos sean simples paleros.

La idea de que con reglas más restrictivas podríamos construir un sistema electoral más equitativo y con mayor credibilidad ha caído por tierra. La compra de votos va en aumento. Las ventajas de los partidos en el poder son cada vez mayores, pues las restricciones solo favorecen a las elites y al statu quo.. Todos los procesos terminan en los tribunales. Los institutos electorales, tanto el IFE como los estatales, están más ocupados en investigar y sancionar innumerables actos de simulación. Están empantanados en la exhausta carrera del gato persiguiendo a los ratones, quienes siempre encuentran atajos por dónde escabullirse, desgastandose mientras trata de hacer valer la prohibición de las campañas negativas, la restricción de que los gobernantes usen su imagen personal en mensajes pagados por el erario,

la prohibición de que los privados compren espacios en medios electrónicos durante las campañas, las normas para hacer precampañas y toda la gestión para colocar y transmitir miles de spots políticos en cientos de concesionarios de radio y televisión en los 300 distritos electorales.

Los partidos políticos tienen hoy más dinero que nunca, ya que ahora no gastan sus recursos para comprar tiempos de radio y televisión, utilizando ese excedente para adquirir votos mediante la compraventa o la publicidad simulada.

El exceso regulatorio ha sido consecuencia de la necesidad por garantizar la equidad desde las instituciones y no desde la garantía de la libertad de los contendientes. Derivado del supuesto de la falta de pluralidad y objetividad de los medios de comunicación, se ha querido proteger la objetividad de la información y las ventajas mediáticas de algunos aspirantes desde las reglas. De paso se ha buscado blindar al ciudadano elector de esos ventajosos efectos mediáticos. La solución no pasa por exagerar los controles, límites y sanciones de gasto electoral. La historia y al experiencia comparada nos demuestran que se trata de estrategias condenadas al fracaso. El dinero es inherente a los procesos democráticos y competitivos.

Tampoco pasa por controlar el contenido de la información ni de la libertad de expresión, sino por garantizar la pluralidad informativa. Destacar las ventajas de la reciente reforma en materia de Telecomunicaciones. Hay que apostarle a un sistema electoral competitivo donde sea la inteligencia ciudadana la que decida entre lo bueno y lo malo, tal y como sucede con los restaurantes o con cualquier bien y servicio en mercados donde sí hay competencia. De poco ha servido tratar de imponer una equidad imposible en las campañas electorales con restricciones y prohibiciones que nadie respeta. Los incentivos en México están hechos para violar las normas. En EEUU las reglas desvirtúan el sentido democrático de las elecciones, pero las reglas generalmente se respetan, hay mayor transparencia.

En Estados Unidos, Canadá, Europa occidental, Australia, Japón y otros países las leyes son bastante más liberales que las nuestras. En otros países del mundo las reglas no son más sino menos. Cualquier identificación es buena para votar. No hay tinta indeleble ni lista de electores con fotografía. Nadie cuestiona a un presidente o a un primer ministro por citar una encuesta de opinión o por apoyar las campañas de los miembros de su partido. Nadie denuncia al presidente por expresar sus puntos de vista políticos o por defender los logros de su gobierno.

De tal suerte que los retos de hacer más efectivo y confiable nuestro sistema electoral pasa por definir el modelo: mantenernos en el vigente tendente a fortalecer las restricciones y los instrumentos sancionatorios, bajo

el riesgo de mantener la simulación, de promover un régimen contraproducente en términos de equidad en la contienda (por los límites de los principios del Derecho penal), y de fomentar el número de decepcionados; o, transitar a un modelo de mayores libertades bajo el riesgo de aproximarnos a una plutocracia.

Me parece que nuestro problema no se resuelve con nuevas leyes y restricciones. México ha tenido ya demasiadas reformas electorales: en 1977, 1986, 1990, 1993, 1994, 1996 y 2007. De nada servirá que tengamos una nueva en 2013, especialmente si restringe todavía más las libertades individuales. A la idea de Fuentes, Libertad es búsqueda de libertad. Nunca la alcanzaremos completamente. Pero la búsqueda de libertad nos hace, en toda circunstancia, libres. Como dicen los libertarios: “Una sociedad que apunta hacia la Igualdad antes que a la Libertad, terminará sin Igualdad ni Libertad”.

— Generar una oposición responsable:

Hay que buscar equilibrios. Las reglas de equidad son fundamentales, pero estas deben garantizarse desde la participación responsable de los partidos de oposición en la definición de las reglas electorales, en su participación para defenderla en todas las etapas del proceso electoral, en su insistencia en la publicidad y transparencia de todas las actuaciones de los funcionarios electorales, y en acceso responsable a la vía jurisdiccional. Las oposiciones deben asumirse como tales, y ser vigilantes y contrapesos en el diseño de las reglas y su ejecución.

Por lo anterior, si los gobernadores y alcaldes meten las manos en las elecciones locales, ¿cuál es la mejor forma de impedirlo, mediante un Instituto Nacional Electoral o mediante mayores controles y contrapesos en sus funciones?

— Consideración contextual (cultural):

Asimismo, se debe considerar el contexto y la tradición cultural. Más que un problema de reglas tenemos uno de costumbres del poder. Lo que necesitamos es encontrar a políticos demócratas que quieran trabajar para nuestra democracia. De nada sirven las leyes si quienes participan en la política no tienen un espíritu democrático.

Tiende a prevalecer en el ciudadano la anticultura del “hacer lo que me da la gana” y en los poderes públicos es frecuente la arbitrariedad y discrecionalidad del funcionario, la microfísica del poder como diría Foucault.

En términos educativos no hemos sido muy exitosos en crear ciudadanía, ni desde la familia, ni desde la escuela y la comunidad. Los valores no vienen impresos en el código genético de la humanidad. Ellos son el resultado de un aprendizaje, de un proceso de socialización que se debe poner en práctica en la primera escuela del niño: en el hogar.

Gestar ciudadanía no solo es dar a conocer el proceso electoral, enseñar a votar. Implica fomentar valores democráticos como el pluralismo, la tolerancia, el diálogo, el consenso y la legalidad.

De allí que su fomento no dependa de un solo esfuerzo (por ejemplo: el de hacer leyes adecuadas o el de impulsar programas gubernamentales de educación cívica), ni de un solo agente (por ejemplo: los poderes legislativo o ejecutivo). En realidad, su fomento efectivo solo puede ser resultado de la conjunción y combinación de múltiples esfuerzos y de muy diversos agentes (institucionales como los congresos o gobiernos, claro, pero -sobre todo- sociales y públicos, como las propias comunidades y sus organizaciones, así como los medios de comunicación, y ahora internet).

— Transparencia presupuestal y rendición de cuentas:

La prioridad no debiera estar en la reforma del marco legal para acceder al poder y ejercerlo, sino en el fortalecimiento de los mecanismos de rendición de cuentas.

Es evidente que, aún con gobierno dividido, un gobernador o alcalde dispone de amplia discrecionalidad para ejercer el presupuesto en años electorales y no electorales. Desparecer del mapa al instituto electoral local no impedirá que estos mismos funcionarios metan las manos en las campañas, por ejemplo. Tampoco impedirá que los gobernadores intenten colonizar las oficinas locales del nuevo INE, por cierto. Si el problema es la falta de controles a las autoridades locales, ¿por qué no pensar en reformas que fortalezcan los contrapesos y la rendición de cuentas a nivel local? Fortalecer las auditorías locales.

¿Quién vigila el manejo adecuado de estos recursos? El contrapeso ideal de un gobernador es el Congreso local. Pero, incluso con gobierno dividido, los más de mil 100 diputados locales del país son presa fácil de un gobernador dispuesto a capturarlos cada tres años. Otro mecanismo de vigilancia son los órganos de auditoría local. Según un reciente estudio del IMCO y CUCEA, en 24 entidades del país los órganos de auditoría no cuentan con la suficiente autonomía para desarrollar sus funciones. Y cuando la tienen, a menudo los resultados de la fiscalización no son transparentes o no tienen mayores consecuencias legales.

Los Partidos Políticos tienen pocos incentivos para avanzar en esta materia. Es más cómodo para los partidos nadar en el agua tibia de la opacidad que lanzarse a la alberca helada de la transparencia. ¿Por qué cambiar un sistema que permite que funcionarios y representantes dispongan de recursos públicos con muy pocos candados, y que, cuando esos recursos resultan insuficientes, puedan recurrir al endeudamiento con cargo al contribuyente para seguir con la juerga? Ante los casos de malos manejos de recursos públicos que hemos conocido recientemente, y en los que están involucradas personas que son o han sido militantes de los tres principales partidos políticos, debería importarnos mucho más lo que hacen los políticos en el poder para influir en los comicios.

No solamente gastan como quieren los recursos del contribuyente (sí, del contribuyente, no de ellos), sino que incluso lo presumen en conversaciones alcoholizadas, como hizo el ex gobernador tabasqueño Andrés Granier.

La prioridad es la transparencia y la rendición de cuentas. De no avanzar en el freno a la discrecionalidad en el manejo de los recursos públicos (También de los privados pues pueden condicionar asignación de obras y servicios a la aportación de fondos a campañas afines), será imposible menaguar la capacidad de soborno y de patrocinador ilegal (limitaciones de organismos fiscalizadores).

— Reelección Legislativa:

Si algo nos ha enseñado la percepción ciudadana sobre partidos y las movilizaciones del año pasado es que no hay partidos fuertes sin ciudadanos, sin mecanismos que permitan a ciudadanos monitorear, controlar y castigar. No hay democracia sin ciudadanos; y no hay ciudadanos sin el mecanismo central de control democrático: reelección.

¿Cómo impedir que los gobernadores capturen a sus congresos, y que éstos a su vez debiliten la autonomía de los auditores? Con reelección legislativa. Un diputado local que quedará sin empleo en tres años es más fácil de capturar que uno que puede aspirar a durar seis años o más en su cargo. La ambición de un legislador de oposición que sabe que podría reelegirse hará un mayor esfuerzo de vigilancia a los gobernadores.

¿Por qué los gobernadores son tan poderosos? Porque usan un instrumento de control que tenía el PRI a nivel federal cuando era partido hegemónico: la capacidad de imponer la disciplina a la clase política gracias al control que tienen sobre las carreras políticas con la no reelección inmediata. Es decir, si controlan una mayoría parlamentaria gracias a que ellos garantizan a dónde irán los legisladores si son leales, tienen

la capacidad para definir quiénes conformarán los órganos electorales. ¿Traería la reelección inmediata un cambio? Sí, aunque como sucede con todo cambio a las normas, en algunos estados será más rápido que en otros. Sin embargo estaríamos hablando de un proceso imparable que llevará a mejores instituciones. Tomemos el caso de las elecciones. Si los legisladores dependen de la ciudadanía para continuar con sus carreras, no tendrán por qué seguir a rajatabla lo que dicen sus gobernadores. Y buscarán también equilibrios distintos en los órganos electorales para garantizar elecciones lo más imparciales y equitativas posible para todos los actores. Pero esto significa que los partidos pierden mucho del poder que hoy tienen.

EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Edgar CORZO SOSA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Por qué impacto?* III. *La complejidad del “impacto” se construye desde la determinación del daño y la reparación.* IV. *Un cumplimiento de sentencia cargada de contenidos.* V. *Impacto dependiente de la supervisión de cumplimiento.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como punto de partida la investigación que desarrollamos un grupo de juristas de América Latina sobre el impacto producido en los diversos sistemas jurídicos con la emisión y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH).

En esa ocasión advertimos que el tema era clave para el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues aun cuando los diversos países no estaban preparados para recibir el cúmulo de obligaciones lanzadas desde el ámbito interamericano, la capacidad de innovación jurídica mostrada en el cumplimiento evidenciaba un impacto de las sentencias altamente esperanzador. Percibimos, igualmente, que la cuestión jurídica no se acaba con el cumplimiento sino que éste debe producir como consecuencia que la protección de los derechos humanos se realice en sede nacional sin tener que llegar a la interamericana.¹

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Director de *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Las ideas principales sostenidas en este artículo fueron elaboradas y expuestas durante la estancia que realicé como investigador visitante en el Instituto Max Planck de Derecho Comparado y de Derecho Internacional Público, en Heidelberg, durante el mes de junio de 2013.

¹ Para consultar los resultados de la investigación véase Corzo Sosa, Edgar et al., *Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch-UNAM-IJ, 2013.

En aquella oportunidad nos enfocamos a publicar los resultados obtenidos de la investigación, sin embargo, faltó realizar una reflexión conceptual producto de la experiencia obtenida, pues con ella podríamos contribuir a una mejor comprensión del tema, sentando las bases para continuar los desarrollos de la investigación jurídica en esta materia.

Lo que en este artículo expondremos lleva por objetivo ofrecer la conceptualización a la que nos referimos. Para ello mantenemos como premisa principal que el impacto queda residenciado más en la capacidad de innovación jurídica de los sistemas jurídicos nacionales que en la estructura y “autoridad pública” otorgada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin desdoro de la posición de prestigio que mantiene este organismo en el ámbito regional.

Esta premisa la formulamos tomando en consideración que el paso de la emisión de una sentencia a su cumplimiento es complicado, a grado tal que debe buscarse como presupuesto natural para lograrlo la participación activa de las partes, situación que pone sobre la mesa, nuevamente, la relación entre lo internacional y lo nacional, pues algo que empezó en sede nacional termina por regresar a este mismo ámbito. Esta circunstancia cíclica o de retorno la describe Armin von Bogdandy, quien al exponer las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional público sostiene que lo problemático de la consecución de los principios liberal-democráticos en ámbitos supranacionales podría superarse si se admitiera que los órganos constitucionales conservan la responsabilidad jurídica y política por las consecuencias de las decisiones internacionales y tienen efecto reflejo en el desarrollo del plano internacional”.²

Para desarrollar nuestra premisa principal incursionamos en los aspectos conceptuales del vocablo impacto, tratando de configurar su noción y deslindándola de las afines que la circundan. Hay que advertir que no basta el hecho de cumplir una sentencia y para lograr un impacto hay que implementar el contenido correctamente, extremos ambos, cumplimiento e implementación, que forman parte del objetivo de proteger los derechos humanos pero que mantienen características diferentes. Hay que tener presente en este análisis que el impacto no es unidireccional sino que puede lle-

² Véase Armin von Bogdandy, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público” en *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM-III, 2011 p. 284. Si bien esta es una apreciación originada en el ámbito europeo, consideramos que puede trasladarse sin mayor problema al ámbito latinoamericano. A lo largo de este artículo intentaremos realizar en ciertos momentos un acercamiento a la noción de nuevo derecho público europeo que maneja este autor, con el objetivo de empezar a reflexionar en un nuevo derecho público latinoamericano.

gar a tener, al mismo tiempo, tres direcciones, lo nacional, lo internacional y lo supranacional (II).

El impacto no es un efecto que se alcance espontáneamente, hay que construirlo desde la elaboración misma de la sentencia, desde el momento en que se determina la responsabilidad, el daño y la reparación. Por tanto, resulta del mayor interés analizar con detalle la complejidad del impacto con base en estos aspectos (III).

Pero la complejidad del impacto también está en relación directa con el número de reparaciones establecidas. Las sentencias de la CrIDH son prolifas en esta materia, por tanto, parece ser que ante un alto número de requerimientos en los puntos resolutivos no todo alcanza a cumplirse espontáneamente, se hace necesario un impulso por parte de la CrIDH (IV). Este impulso, sin embargo, ya no es exclusivo de la Corte, pues ahora la práctica jurisprudencial apuesta a la participación activa de las partes, regresando así a actores propios del ámbito nacional (V). Finalizamos este trabajo haciendo algunos señalamientos prospectivos de los diversos aspectos abordados, tanto respecto del impacto como del nuevo derecho público latinoamericano (VI).

II. ¿PORQUÉ IMPACTO?

Con la simple lectura del vocablo “impacto” la razón de su elección parece obvia, pues se trata de evidenciar el efecto producido por la emisión de una sentencia. Sin embargo, la apreciación cambia al contextualizar el vocablo.

Hasta que obtuvimos sentencias condenatorias en México empezamos a percibir que las sentencias de la Corte Interamericana producen diversas consecuencias, o al menos provocan revuelo al interior del país. No estábamos acostumbrados a recibir señalamientos jurisdiccionales de un organismo internacional, por lo que el proceso de adaptación en el que todavía nos encontramos ha hecho que presenciemos con claridad el impacto de la emisión de una sentencia. No se trata del choque entre una sentencia interamericana y un sistema jurídico nacional, como tampoco del sentimiento social generado por recibir una condena, estamos, más bien, ante la huella o repercusión que dejan las sentencias de la CrIDH en los sistemas jurídicos nacionales.

A. Su relación con conceptos afines: emisión, cumplimiento, implementación, consecuencia.

La forma como se elabora el contenido de una sentencia tiene mucho que ver con el impacto que puede llegar a producir. Una resolución bien

redactada será una resolución con menores problemas en su cumplimiento, pues se tendrá claridad en las obligaciones y las actividades a desplegar para acatar la resolución en cuestión. Por el contrario, una resolución con un contenido complicado trastorna por completo su cumplimiento y en ocasiones puede dar lugar a una aclaración.

Cumplir una sentencia, sin embargo, no es sólo una cuestión de claridad en la descripción del mandato judicial. Su emisión trae aparejada una obligatoriedad que provoca una serie de actos a realizar para dar respuesta al mandato. La conducta que se despliegue como consecuencia de la obligatoriedad, así como la forma en que ésta se efectúe, constituirán la implementación de la sentencia. Esta implementación incide fuertemente en la consecución del cumplimiento, puesto que un mandato puede ser cumplido de diversas maneras, pero alcanzar lo pretendido sólo puede ser a través de una correcta implementación. No es lo mismo presentar una iniciativa de ley que aprobar una ley, como tampoco será igual hacer una declaración en la que sólo se mencione la emisión de una sentencia condenatoria que dar una disculpa pública.

El impacto de la sentencia radica fuertemente en la implementación del mandato judicial en aras de lograr su cumplimiento. Por ello, no hay que perder de vista que las consecuencias que produce la implementación varían dependiendo la forma en que se efectuó. La presentación de una iniciativa, como indicamos, puede verse como una forma de implementar el mandato judicial y de dar cumplimiento, pero el impacto que con ello se obtendrá será prácticamente nulo, es necesario que se apruebe. Decir unas palabras en público referidas a la emisión de la sentencia puede ser una forma de implementar el mandato judicial pero el impacto se alcanzará cuando lo dicho constituya una disculpa, pues así es como las víctimas se sentirán resarcidas en el agravio producido.

En cualquier caso, lo que llamó nuestra atención para seleccionar el vocablo “impacto” fue el hecho que el cumplimiento que se estaba realizando de las sentencias provocaban consecuencias trascendentales con las cuales la violación del derecho humano quedaba asegurada, no sólo en el aspecto de reparación sino también, y sobre todo, en que no se volviera a producir otra violación de ese derecho humano. El impacto obtenido al implementar el cumplimiento de las sentencias de la CrIDH ha sido alto, razón por la cual decidimos centrar nuestra atención en los “estragos” que provoca el huracán de una sentencia después de haber sido armonizada a los sistemas jurídicos nacionales.

B. *Impacto nacional, interamericano y trasnacional*

En este trabajo nos interesamos en la huella que dejan las sentencias en los sistemas jurídicos nacionales pero no hay que olvidar que también hay otros ámbitos en que el impacto puede tener lugar. Al lado del impacto nacional existe un impacto en el sistema interamericano, como puede advertirse si consideramos la interpretación efectuada de algún precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos o de cualquier otro instrumento internacional regional, o incluso cuando se determina el alcance de la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el proceso ante la Corte Interamericana.

De igual manera, el impacto jurídico producido por una sentencia llega, por la vía de la obligatoriedad, a todos los países que han ratificado la Convención Americana y la competencia de la CrIDH. Esto hace que el impacto adquiera una dimensión diferente pues estamos ante la armonización producida espontáneamente respecto a los estándares mínimos establecidos en la jurisprudencia de la Corte. Este impacto tiene una naturaleza transnacional, en el sentido que trasciende las fronteras nacionales y sin lugar a dudas puede traducirse en un impacto supranacional en el momento mismo en que los organismos del Sistema Interamericano pueden hacerlo obligatorio no sólo respecto de un país sino de todos los que integran el sistema.

C. *Insuficiencia del binomio “sentencia e impacto”*

El tema del impacto no puede analizarse exclusivamente con el binomio conceptual “sentencia e impacto”. Aun cuando con la simple emisión de la sentencia se logra un gran avance, sobre todo que se trata de sentencias obligatorias, imperativas y constitutivas, aunque no ejecutivas pues su cumplimiento incumbe a los países,³ ahora es necesario estudiar el contenido de la sentencia así como sus implicaciones jurídicas. En el mismo sentido, tampoco resulta suficiente el estudio de la ejecución y el cumplimiento de la sentencia, pues ahora deben estudiarse las diferentes vías de implementación para dar cumplimiento al contenido de la sentencia pues no todas producen el impacto deseado.

Si bien el impacto tiene lugar en una etapa posterior a las indicadas, no puede desconocerse que está en relación directa con todas ellas. Sin

³ Véase Fix Zamudio, Héctor, “La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales” en la obra colectiva *Impacto de las sentencias...*, ob. cit., pp. 252-254.

una claridad en el contenido de la sentencia se dificultará el impacto, sin una correcta implementación se hace difícil alcanzar un mayor impacto, sin cumplimiento es obvio que nada puede impactarse. Por tanto, el binomio “sentencia-impacto” es insuficiente ya que la situación en la que toman lugar es mucho más compleja.

El impacto tampoco depende del número de sentencias emitidas, no al menos en el Sistema Interamericano. En los primeros años de vida jurisdiccional de la CrIDH, en los años ochenta, se recibían dos o tres casos al año. Después, en el dos mil, aumentó a cerca de veinticinco casos al año, y ahora en la última década se ha llegado a un promedio de veinte sentencias de fondo y cincuenta resoluciones en promedio por año.⁴ Pero el número no ha sido requisito o impedimento para que las sentencias de la CrIDH provoquen un impacto, por la sencilla razón que se trata de sentencias paradigmáticas, en el sentido que lo que se busca en ellas no es sólo resolver la violación de derechos humanos de la que trae origen el caso, sino también evitar futuras violaciones de derechos humanos con el mismo origen; al ser un número reducido se aprovecha cada oportunidad que se tiene para dejar sentados criterios importantes que sirvan de apoyo a la protección y prevención de los derechos humanos. El impacto que se busca y logra con veinte sentencias al año es altamente considerable.

El cumplimiento de las sentencias es un elemento que incide directamente en su impacto. Entre más se cumplan mayor será el impacto logrado. Sin embargo, la situación que acontece en la CrIDH es particularmente interesante, ya que aun cuando hay pocos asuntos que se han enviado al archivo por haberse determinado su cumplimiento total, el cumplimiento de las sentencias todavía activas ha sido importante.

Manuel Ventura, con veinte cuatro años de experiencia como secretario de la CrIDH, nos dice que en el año de 2005, de 84 casos contenciosos cerca del 12% se encontraba archivado y alrededor del 72% estaba en supervisión de cumplimiento, el resto en trámite.⁵

La estadística pudiera significar que el magro cumplimiento obtenido no puede haber generado un impacto digno de consideración. Sin embar-

⁴ Datos aportados por Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su participación en el Congreso “Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana. Retos en los órdenes jurídicos nacionales”, celebrado en el IJ de la UNAM los días 8 y 9 de diciembre de 2011. Por resoluciones entiéndase las diferentes a las sentencias de fondo como son las relacionadas con las medidas provisionales y la supervisión de cumplimiento.

⁵ Véase Manuel Ventura, “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 18, 2007, pp. 169-206

go, si tomamos en cuenta la estadística proporcionada por Pablo Saavedra, actual secretario del a CrIDH, en el sentido que al año 2011 alrededor del 80% de las sentencias de fondo emitidas se encontraban cumplidas,⁶ otra consecuencia puede extraerse. En efecto, el hecho de que no exista un alto porcentaje de asuntos archivados no quiere decir que las sentencias estén completamente incumplidas, hay un cumplimiento parcial trascendente. Lo que sucede es que hay reparaciones que por su propia naturaleza su cumplimiento es tardado o complejo, o bien el procedimiento de incumplimiento no ha permitido archivar ningún asunto. Entonces, con el cumplimiento parcial pero mayoritario de las sentencias de fondo que ha emitido la CrIDH se ha producido un impacto importante, como detallaremos más adelante.

III. LA COMPLEJIDAD DEL “IMPACTO” SE CONSTRUYE DESDE LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO Y LA REPARACIÓN

Para comprender los alcances del impacto que pueda generar una sentencia, resulta indispensable adentrarnos en dos aspectos técnicos relevantes que si bien no resuelven la cuestión jurídica a debate, constituyen elementos consecuenciales necesarios para lograr la reparación del derecho humano transgredido y la protección futura de ese mismo derecho.

Con el análisis del daño y la reparación integral de la violación del derecho humano es como la CrIDH está logrando incidir en la prevención de los derechos humanos desde la transgresión de éstos.⁷ Tal y como está diseñado actualmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la CrIDH emite sentencias paradigmáticas que resuelvan el caso pero que también sirven de ejemplo para evitar futuras violaciones, pues sólo tiene una veintena de oportunidades al año para pronunciarse.

A. *El daño*

Para potenciar un mayor impacto de las sentencias de la Corte Interamericana, el daño debe ser visto desde la perspectiva del origen que lo causa. Determinar únicamente el daño producido, sin buscar su origen, ayuda a resolver el caso en cuestión pero no a prevenir futuras violaciones. Por tal

⁶ Véase Saavedra Alessandri, Pablo, participación en el Congreso “Impacto de ...”, ob. cit..

⁷ Idem.

motivo, una herramienta de la mayor importancia en la elaboración de una sentencia de la Corte Interamericana es la determinación de la causa del daño producido.

Puede suceder que una sentencia sea la causante directa del daño y el origen de este daño la ausencia de valoración de una prueba, supuesto en el que ambas situaciones, daño y origen, quedan superadas con la sola revocación de la sentencia y la emisión de una nueva. Hay otros casos, más preocupantes y a los que hay que prestar especial atención, en los que puede aparecer una violación sistemática de los derechos humanos en la cual se produce el daño por el actuar puntual de un agente de gobierno, pero cuyo actuar trae origen en la aplicación de una política pública así diseñada.

Puede ocurrir, igualmente, que en esa violación sistemática el daño aparezca por la aplicación de una ley pero el origen se encuentre en el contenido previsto en tal ordenamiento normativo.

En estos supuestos, especialmente en los últimos dos, resulta de especial relevancia hacer la distinción entre daño y origen del mismo, para determinar con precisión el alcance de cada uno de ellos. El daño pudo haber sido dejar en estado de indefensión a una persona, haberlo detenido arbitrariamente, haberle infligido sufrimiento o no haberlo dejado expresar sus ideas; el origen del daño, en cambio, puede ser una norma constitucional, legal, la resolución de un tribunal nacional o el actuar de un agente público que no ha sido controlado en la etapa judicial.

Habiéndose determinado el daño e identificado su origen viene el establecimiento de la responsabilidad para el Estado y junto con ello la reparación del daño, sobre la cual recae todo el peso de la restitución y la prevención de los derechos humanos, y a la que nos referiremos a continuación.

B. Reparaciones

Una de las grandes aportaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana es la noción de reparación integral, construida a lo largo de sus años de existencia y ampliando la tradicional indemnización compensatoria. Esta última tiene su sustento en el artículo 63.1 CADH en el que se indica que la Corte dispondrá, si fuera procedente, el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La práctica inicial consistió en determinar indemnizaciones compensatorias, sin embargo, al mismo tiempo se creó una práctica con base en lo previsto en el artículo 68.2 CADH según el cual “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo

país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Así, en los primeros fallos de la Corte de los años 1986 y 1987 contra Honduras, se decidió que como la legislación interna de los países de la región no se había desarrollado de manera satisfactoria, salvo excepciones, ella misma determinaría el monto de dicha indemnización de manera directa, así como las condiciones y los plazos para entregarla a los afectados.⁸ Esta también puede considerarse una de las razones por la cual los puntos resolutorios tan amplios de la sentencia que contienen mandatos específicos, lo que normalmente no sucede en otros tribunales supranacionales de protección de los derechos humanos.

Esta indemnización compensatoria, con todo y sus mandatos específicos, evolucionó hasta establecerse una reparación integral, en la cual se repara el daño en una dimensión múltiple abarcando aspectos de rehabilitación, satisfacción, indemnización y garantía de no repetición.⁹ En este sentido, en los puntos resolutorios, cada vez más extensos, vinculados con la parte de la sentencia en la que se establece el apartado de reparaciones, puede uno encontrarse con mandatos específicos como los siguientes: publicar la sentencia en medios oficiales y medios de comunicación, reconocer la responsabilidad y formular una disculpa pública, levantar monumentos, poner nombres a las calles, construcción de placas simbólicas, la atención médica o psicosocial a las víctimas, dejar sin efectos decisiones por violaciones al debido proceso, o reabrir un proceso, dejar sin efectos una ley, ordenar la reforma a la Constitución, ordenar la expedición de una ley por vacío normativo, pago de indemnizaciones, publicar la sentencia en otro idioma, leer la sentencia por radio o pasarla por televisión, construir una base de datos, estandarizar protocolos de atención para la investigación de violaciones sexuales, conducir eficazmente la investigación y el proceso penal, examinar conductas de ministerios públicos, implementar programas y cursos de educación y capacitación, facilitar recursos para la construcción de un centro comunitario, campañas de concientización y sensibilización, por señalar sólo algunos.¹⁰

Esta situación de excesivos mandatos específicos de cumplimiento complica de manera preocupante el cumplimiento de la sentencia y el impacto que se busca. Cualquier Estado necesitaría un aparato burocrático para dar

⁸ Fix Zamudio, Héctor, “La necesidad de expedir ...”, op. cit., p. 252

⁹ Véase Sergio García Ramírez, “Comentario” al artículo 63.1 CADH en la obra *La América de los Derechos*, México, UNAM, 2013, en prensa.

¹⁰ Pueden verse algunos ejemplos de reparaciones integrales junto con el impacto que provocan en el artículo de Arturo J. Monge “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de su jurisprudencia en materia de reparaciones” en *Justicia*, Barranquilla, núm. 19, junio 2011, pp. 132-150.

cuenta de los puntos resolutivos contenidos en las sentencias. No obstante, hay mandatos que no tienen mayor problema en su ejecución, como pueden ser los de publicación de la sentencia, el reconocimiento público de responsabilidad, la expresión de una disculpa pública, el pago de la indemnización, la construcción de una base de datos o la revocación de una sentencia. Pero hay otros aspectos que implican reformular prácticamente la política pública del Estado o comprometen directamente a las instituciones públicas en el ejercicio de sus facultades, como expedir una ley, reformar la Constitución o destinar recursos económicos para un determinado cometido. Estas últimas son cuestiones que llegan directamente al gobierno del Estado en cuestión y, por tanto, su realización no es de fácil solución, aun cuando lo que se pretende con este tipo de mandatos especiales es resolver problemas estructurales¹¹ atacando por supuesto el origen del daño y entrando de lleno a la función de prevención de los derechos humanos.

IV. UN CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CARGADO DE CONTENIDOS

Como sucede con todas las resoluciones, su emisión no es sino la mitad del camino recorrido. Dar cumplimiento a lo mandado constituye un desafío en cualquier ámbito judicial. Si, además, los mandatos son múltiples y en ellos se establecen obligaciones, incluso estructurales, dirigidas a los Estados por haber incurrido en responsabilidad internacional, la cuestión alcanza un grado de complejidad mayor.

Como en todo proceso, hay dos formas de dar cumplimiento a la sentencia. Uno es el espontáneo cuando el sujeto obligado después de haber sido notificado de su obligación realiza los mandatos recibidos. El otro, en cambio, es el cumplimiento forzoso que puede llegar incluso al uso de la fuerza pública. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el cumplimiento forzoso no está previsto, sólo hay un procedimiento ligero para difundir públicamente el incumplimiento en que incurrió un Estado así como un procedimiento para la supervisión del cumplimiento.

A. *Cumplimiento espontáneo y creativo*

Partimos de la siguiente premisa. En materia de derechos humanos, en América Latina la cuestión trasciende el efecto directo de las decisiones

¹¹ Véase Pablo Saavedra, participación en el Congreso “Impacto de ...”, op. cit.

y requiere llegar hasta el Impacto, una vez que se ha superado el cumplimiento, pues es la manera como podrá lograrse un avance en la protección y prevención de los derechos humanos.

Esta situación la refleja también, en lo que al ámbito europeo corresponde, el profesor Armin von Bogdandy, para quien “La relación del derecho internacional público con los ordenamientos jurídico internos es más factible concebirla acudiendo a las instituciones jurídicas de la interpretación conforme al derecho internacional público y al efecto directo de sus normas y obligaciones. Las normas y decisiones internacionales a las que se atribuye claramente efecto directo son en realidad escasas. Una excepción importante es la jurisprudencia de la CrIDH que atribuye efectos directos a sus pronunciamientos. Si tiene éxito pasará de ser una institución internacional a ser una institución supranacional”.¹²

Las sentencias de la CrIDH son obligatorias, imperativas y, por tanto, deben cumplirse espontáneamente, sin embargo no llegan a ser ejecutivas pues queda el cumplimiento en el ámbito de las facultades de los Estados. El cumplimiento espontáneo, no obstante, requiere de una implementación, de una armonización entre las sentencias de la CrIDH y el sistema jurídico nacional en cuestión, con lo cual podrá asegurarse el impacto de la sentencia.

Existen varias vías para realizar esta implementación, hacer más fácil el cumplimiento y asegurar el impacto de las sentencias.

Una primera vía estriba, como bien lo ha hecho ver el maestro Fix Zamudio, en la tendencia, aunque tenue, a expedir disposiciones legales para regular el cumplimiento. Ahí tenemos Costa Rica, en donde en el artículo 27 del Convenio Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 10 de septiembre de 1981, quedó establecido que las resoluciones de la Corte y en su caso de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, “tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”. Perú, en donde se han expedido incluso varias leyes, la última y tercera de las cuales es el Código Procesal Constitucional de 31 mayo de 2004, y en la que no se menciona expresamente a la CrIDH pero se establece la obligación de proporcionar documentos y antecedentes a los organismos internacionales u otro elemento necesario. En Colombia se emitió la Ley 288 de 9 de julio de 1996, para establecer instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales

¹² Ver Armin von Bogdandy, “Configurar la relación ...”, op. cit., pp. 291 y 292.

de derechos humanos. En Argentina existe un Proyecto de ley de 17 de abril con número 1,830/99, en el que se hace la propuesta de obligatoriedad de las recomendaciones emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes confidenciales cuando son dirigidos al gobierno argentino con apoyo en el artículo 50 de la CADH, lo mismo que en Brasil en donde hay un Proyecto de Ley núm. 4667/2004, con la finalidad de regular los efectos jurídicos de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos y otras resoluciones, en el que se afirma que al tratarse de resoluciones cuya competencia fue reconocida por el Estado brasileño deben producir efectos jurídicos inmediatos en el ámbito de su ordenamiento jurídico.

Esta tendencia, sin embargo, sigue siendo tenue, ya que el resto de los países no cuentan con un ordenamiento legal que expresamente prevea la armonización nacional de una sentencia de un organismo internacional, lo que no quiere decir que deba ser precisamente así o que no se esté produciendo esta armonización entre el ámbito nacional y el internacional.

Otra postura, con menos uniformidad pero más espontánea, consiste en dejar que cada Estado cumpla la sentencia con los medios que estén a su alcance y de manera creativa, lo que en opinión de Pablo Saavedra ha demostrado la experiencia reciente de los últimos 8 años. Hay ejemplos claros de interpretaciones evolutivas dentro del derecho nacional paradigmáticas. Así sucedió, por ejemplo, en Colombia, donde procede el Recurso de revisión para revisar una decisión interna en caso de una sentencia de la Corte Interamericana, superándose la institución de la cosa juzgada. En Panamá donde bajo el principio de aplicación de la ley o decisión más favorable, se aplican las sentencias de la CrIDH, o bien en Guatemala, en donde se siguió la sentencia de la CrIDH que determinó dejar sin efecto una pena de muerte, por lo que se instruyó un juicio nuevo en el que no se aplicó.

La cuestión que debe analizarse en esta tendencia estriba en que si bien estamos frente a un cumplimiento abierto con base en la normativa existente, la estabilidad de esa conducta resulta en apariencia muy frágil.

Una tercera posición es la que consiste en que la propia CrIDH, con base en sus años de experiencia, especialmente de la obtenida en la supervisión del cumplimiento, emita algunos lineamientos relacionados con las mejores prácticas en esta materia. Pudiera cuestionarse que con ello se estaría entrometiendo en aspectos de naturaleza nacional, sin embargo, después de advertir el contenido y alcance de los diferentes mandatos de reparación integral, esos lineamientos vendrían a ser una posición bastante mesurada.

Una cuarta posición, que ya está en activo, es aquella que tiene naturaleza preventiva, a través de las sentencias nacionales que introducen en las

mismas la jurisprudencia interamericana o bien mediante el control de convencionalidad que permite introducir los estándares mínimos de protección de los derechos humanos a nivel nacional.

B. *Supervisión de cumplimiento*

Como el cumplimiento espontáneo queda a la buena voluntad de los Estados y ésta siempre es muy corta, salvo honrosas excepciones, pero teniendo presente que no existe propiamente un cumplimiento forzoso de las sentencias, a la Corte no le ha quedado otro camino que cifrar buena parte de sus esperanzas en la supervisión del cumplimiento.

Este procedimiento fue creado para determinar si un Estado ha cumplido con la reparación integral ordenada, aunque en un inicio sin base reglamentaria y cuestionado por Panamá en el caso Baena Ricardo y otros, bajo el argumento que la etapa de cumplimiento de sentencias no estaba prevista por las normas que regulaban las funciones de la Corte, quedando en la esfera política de la Asamblea General de la OEA, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 CADH, ya que dicha norma únicamente establece obligaciones a cargo de la Corte y no establece obligación alguna para los Estados partes, así como tampoco otorga derechos a la Corte ni le otorga competencia para supervisar el cumplimiento de sus sentencias.

La Corte dio respuesta a esta inquietud argumentando que no es posible dar aplicación al artículo 65 CADH sin supervisar la observancia de sus decisiones, ya que dicho artículo obliga a señalar los casos ante la Asamblea General de la OEA en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Ciertamente es una interpretación que deriva del precepto aludido, sin embargo, hace falta algo más contundente, porque bien podría haberse interpretado que la Corte sólo tendría que informar lo que encontrara más no buscar el cumplimiento con un procedimiento de supervisión.

Como quiera que sea, dejar el cumplimiento en manos de la Asamblea General acarrearía la consecuencia de no pasar al Pleno de la Asamblea porque tal y como está previsto el mecanismo en la Carta de la OEA, con una sola opinión en contrario en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, la que tomará una decisión para transmitir a este último y de ahí a la Asamblea General, podría quedar paralizado el asunto.

Coincidimos con Manuel Ventura en el sentido que anteriormente hacía falta un mecanismo para dar efecto útil al artículo 65 CADH, ya que ante su ausencia y el trámite ante la OEA se causaba una impresión equivo-

cada del grado satisfactorio de cumplimiento de las sentencias y resoluciones de la Corte, ya que los casos no se pueden cerrar hasta que ha habido un cumplimiento total de la sentencias, pese a que el grado de cumplimiento parcial de las mismas es muy alto. Además, en caso de incumplimiento nunca podría archivarse un asunto pues se requeriría que la Asamblea exhortara al Estado incumplidor.¹³

El cumplimiento debe supervisarse, sobre todo para cumplir con el artículo 65 que establece la obligación de indicar los casos ante la Asamblea General de la OEA en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Además, el archivo de los expedientes es prácticamente imposible ya que para que la Asamblea Plenaria de la OEA exhorte al Estado incumplidor debe realizarse el procedimiento de incumplimiento que vimos puede ser fácilmente obstaculizado, aunque hay que reconocer que casos han habido, como los de Aloeboetoe y otros, y Gangaram Panday en contra de Suriname.¹⁴

Por ello, era pertinente, y lo sigue siendo hoy en día a pesar de lo que se ha avanzado, la insistencia del entonces Presidente de la Corte Interamericana, Antonio A. Cançado Trindade, en el 2001 y en el 2002, de asegurar el monitoreo continuo del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, a lo que denominaba garantía colectiva, adicionando al final del artículo 65 de la Convención la frase: “La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto.” Así se supliría la laguna en cuanto a un mecanismo a operar en base permanente para supervisar la fiel ejecución por los Estados partes demandados de las sentencias de la Corte. En el mismo sentido pero en el plano del derecho interno de los Estados partes también sugirió agregar al final del artículo 68 de la Convención, un tercer párrafo que dijera: “En caso de que dicho procedimiento interno todavía no exista, los Estados partes se comprometen a establecerlo, en conformidad con las obligaciones generales estipuladas en los artículos 1 y 2 de esta Convención”.¹⁵

¹³ Véase “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, núm. 18, 2007, p. 171.

¹⁴ Puede consultarse OEA AG/Res 1330 (XXC-0/95, “Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, resolución aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 9 de junio de 1995.

¹⁵ Véase Corte IDH, *El sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Informe: bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fortalecer su mecanismo de protección*, t. II, mayo 2003, p. 369.

Fue hasta la expedición del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, adicionado en sesión del 29 de enero de 2009, que se introdujo normativamente, en el artículo 63, la facultad de supervisión del cumplimiento. Básicamente se formalizó la práctica que se venía realizando. De esta manera, la supervisión se realiza mediante la presentación de informes y sus correspondientes observaciones, se puede requerir a otras fuentes de información de datos y cuando se considere conveniente puede convocarse a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento. Con toda la información se determina el estado del cumplimiento de lo resuelto y se emite la resolución pertinente.

El mecanismo quedó, entonces, en manos de la CrIDH y le representa a este organismo internacional un gran esfuerzo, casi de la misma entidad que el que corresponde a la emisión de una sentencia.

La experiencia obtenida en la aplicación del procedimiento de supervisión de cumplimiento ha sido intensa, a grado tal que el mayor número de resoluciones provienen de esta etapa procedimental. Inclusive se hace supervisión de cumplimiento por temas, como el derecho a la salud en los casos colombianos o la situación de tierras en los casos paraguayos.

A pesar del avance logrado con la reforma al Reglamento de 2009, hay cuestiones que todavía deben resolverse. Por principio de cuentas, el procedimiento quedó establecido a nivel de Reglamento, no a nivel del Estatuto de la CrIDH ni de la Convención Americana. Dado el número y alcance de las resoluciones que se emiten en esa etapa debiera pensarse en incluir el procedimiento en otro instrumento con mayor nivel jurídico.

Por otra parte, el cúmulo de trabajo es intenso por lo que en un futuro no muy lejano deberá pensarse en la intervención de otras instancias para auxiliar a la CrIDH en esta gran labor. En buena medida debiera seguirse analizando la enmienda que se propuso a la Convención Americana para hacer posible que los incumplimientos lleguen a la Asamblea General de la OEA y también para procurar que los Estados establezcan un procedimiento interno de supervisión de cumplimiento, residenciado quizá en los organismos de protección de los derechos humanos o en los congresos legislativos.

V. IMPACTO DEPENDIENTE DE LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO

A diferencia de lo que acontece en el ámbito nacional, ante la imposibilidad de establecer un cumplimiento forzoso la CrIDH ha tenido que introducir la práctica de la supervisión de cumplimiento, pero esta labor, contrariamente

a lo que pudiera pensarse, no quedó del todo domiciliada en la CrIDH. La cuestión se ha trasladado sutilmente a las partes, lo que trastoca la noción de autoridad pública internacional que debe recaer en esta clase de organismos supranacionales y con lo cual lo que empezó con las partes en el ámbito nacional termina precisamente con ellas en ese mismo ámbito, volviéndose una situación cíclica. Esta cuestión resulta algo natural y retoma lo que se ha sostenido en torno al nuevo derecho público internacional, en cuanto que al final del día debe buscarse la fortaleza del sistema en aspectos nacionales.

A. Impacto en manos de las partes

La supervisión de cumplimiento se hace por los Informes que se solicitan a las autoridades y las observaciones que sobre los mismos realizan las partes. Incluso, la Corte puede convocar a éstas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. En resumidas cuentas, el cumplimiento recae en la buena voluntad que puedan tener las partes para llegar a un arreglo en los términos del cumplimiento. Esta ha sido una salida bastante útil para evitar lo más posible el incumplimiento.

Si las cosas están así, resulta entonces que el impacto que pueda producir una sentencia no reside del todo en los términos en que fue redactada la sentencia, como tampoco en la determinación del daño y su origen, más bien queda en manos de las partes. Si ellas están de acuerdo, el cumplimiento se realizará de una manera tal que produzca un impacto en el sistema jurídico nacional. Pero si ellas no están por la labor del cumplimiento, su posible implementación puede resultar un artificio que no llegue a nada. La apuesta en la que está inmersa la CrIDH es interesante, toda vez que la subsidiariedad que impregna la participación del Sistema Interamericano retorna a su origen nacional.

B. Labor intensa con regreso a lo nacional

El trabajo que ahora debe realizar la CrIDH no es poco, aun cuando se encuentren cumplidos más del 80% de los contenidos de las sentencias. Por tanto, no hay otro camino que regresar a lo nacional, en el sentido que la supervisión del cumplimiento recae ahora en los actores nacionales, destinatarios de las sentencias, y el posible fortalecimiento de esta etapa pasa indefectiblemente por la participación de actores nacionales para intervenir directamente en la supervisión del cumplimiento.

De esta manera, siguiendo con nuestras referencias al nuevo derecho público, entonces tenemos que preguntarnos cuál será, bajo los términos indicados, el alcance de la autoridad pública internacional, porque en este caso no sólo es la CrIDH sino que también participan los actores nacionales. Dicho en otros términos, las autoridades públicas nacionales terminan ampliando su autoridad mediante la colaboración que puedan aportar los propios individuos que fueron objeto de la transgresión de los derechos humanos.

En este sentido, debe reconocerse que el concepto de autoridad pública internacional en materia de supervisión de cumplimiento excede lo informal y puede trasladarse a otros agentes de la “comunidad internacional” (Tomuschat).¹⁶

VI. CONCLUSIÓN

El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta ser clave en el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues un organismo internacional que emita resoluciones y que las mismas además de ser cumplidas logran producir una huella en el sistema jurídico nacional, puede considerarse que tiene un futuro esperanzador.

El caso de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano es particularmente especial. Lo que estamos viendo es una competencia interna entre la protección y la prevención de los derechos humanos, con prevalencia, notoriamente, a nuestro parecer, de la función preventiva. Bajo el esquema que presenta el Sistema Interamericano la apuesta está cifrada en hacer cumplir un principio de subsidiariedad, basándolo en evitar a toda costa que las violaciones de derechos humanos se reproduzcan como consecuencia de un mismo patrón.

La técnica que pone en juego el origen del daño y las reparaciones basadas en aspectos estructurales llega, sin ninguna duda, al corazón de los Estados. Esta manera de proceder es jurídicamente aceptable, pero bajo un contexto político es muy probable que no alcance el nivel de aceptación suficiente para mantenerse. No parece de fácil recibo que un organismo internacional termine cambiando las políticas públicas y deje precisamente las acciones que llevan esa misión a los actores nacionales. La apuesta es valiente, y quizá sea la única que se tiene, pero no hay que olvidar que está sostenida con alfileres.

¹⁶ Ver Armin von Bogdandy, “El derecho internacional como derecho público” en *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM-IJ, 2011 p. 117.

Por otra parte, hemos tratado de trasladar la noción de autoridad pública internacional a la CrIDH, con las consecuencias que esta nueva noción arrastra. Participamos de la nueva noción de derecho público internacional, en cuanto toma la esencia del derecho público, tradicionalmente nacional, y lo lleva al ámbito internacional, ámbito este último marcadamente ajeno a lo nacional. Este nuevo entendimiento resulta inteligente en cuanto que permite tomar lo mejor de lo nacional para llevarlo a lo internacional, sin desdoro de ninguno de los dos ámbitos, pero sobre todo, deja recaer el peso de la autoridad pública de los organismos internacionales en principios propios de lo nacional, como está sucediendo en la labor que viene desarrollando la CrIDH.

Lo que estamos viendo debe servir de ejemplo para construir soluciones en torno a temas que están superando ampliamente al derecho. La noción de “autoridad pública internacional”, junto con la nueva de “Derecho Público”, podría ayudar a avanzar en la regulación jurídica de campos en los que nos adentramos sin siquiera saber lo que depare el futuro.

Un ejemplo lo constituyen los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde el derecho a la alimentación es un verdadero problema no sólo frente al Estado, sino ante las empresas internacionales o actores no estatales que tratan de dominar la tierra y sus productos, un mercado al fin y al cabo. Incluso, se piensa en la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos que tenga la posibilidad de controlar a estos nuevos actores no gubernamentales. De esta manera, estoy seguro que la noción de “autoridad pública internacional” podría ayudar a llevar límites y principios con los que pudiera contrarrestar esta situación.

Otro ejemplo lo encontramos en el sector internacional, cada vez más intenso, en el cual las relaciones privadas están siendo la principal actividad internacional, me refiero a las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (Internet, con los problemas de seguridad pública que estamos viendo, redes sociales y otras más). El derecho privado, que es donde nace este fenómeno, está superando con mucho las actividades del derecho público por la simple y sencilla razón de que no estaba pensado que las cosas se presentaran así. La toma de decisiones y la afectación que ello conlleva se encuentra ahora en las grandes empresas internacionales, que vienen a desempeñar el papel de autoridades públicas internacionales. Por tal motivo, esta noción también podría ayudar a analizar el fenómeno desde el punto de vista del nuevo derecho público.

LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y SU IMPACTO EN LOS JUECES MEXICANOS

Pedro Antonio ENRÍQUEZ SOTO*

SUMARIO: I. *El origen de la interpretación conforme.* II. *La cláusula de interpretación conforme.* III. *El principio de interpretación conforme y su técnica de aplicación por los jueces mexicanos.* IV. *La observación del principio de interpretación conforme por los jueces mexicanos, una técnica de aplicación.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de junio de 2011 en México, son consideradas como la transformación jurídica más importante después de la vigencia de la Constitución de 1917.

Uno de los aspectos más relevantes de la modificación al artículo 1° constitucional se refiere a la afirmación del constituyente de reiterar¹, ya sin cortapisas, la facultad para todas las autoridades y con especial dedicatoria para los jueces mexicanos, de ser garantes de la supremacía constitucional. Esta insistencia de conceder a la jurisdicción –toda– para ejercer control difuso de constitucionalidad, negada desde la vigencia de la constitución del 1917 a los jueces mexicanos por interpretación jurisprudencial de la Corte, está poniendo en serias dificultades a los operadores jurisdiccionales del país para poder entender el alcance y significado del nuevo contenido del artículo 1° constitucional.

* Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial de Nayarit. Profesor de Tiempo Completo de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit. Reconocimiento de perfil PROMEP. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I. CONACYT.

¹ Se afirma reiterar, toda vez que la facultad de los jueces mexicanos para ejercer control difuso de constitucionalidad estuvo presente siempre en el artículo 133 de la Constitución, sin embargo, esta fue suprimida mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que negó tal posibilidad a los jueces mexicanos que no fuesen jueces de amparo.

Por una parte, la dificultad radica en la nula experiencia de los jueces ordinarios respecto a la materia constitucional, puesto que, por siempre su única herramienta de trabajo lo fueron los códigos o leyes para resolver las controversias jurídicas sometidas a su consideración. Por otro lado y consustancial a la anterior, se encuentran frente a un universo de normas hasta hoy poco usadas para el trabajo jurídico, como lo son la Constitución y los tratados internacionales, que ahora forman parte del material normativo sobre los cuales debe tomarse una decisión judicial para garantizar el respeto a los derechos humanos. Y finalmente, entender el alcance del contenido sustancial de la reforma, exige una profunda actualización de conceptos del derecho procesal constitucional que necesariamente deben formar parte del bagaje profesional de los jueces mexicanos, que permita entender conceptos como “control constitucional”, “control de convencionalidad”, “control difuso”, “interpretación conforme” entre tantos mas, necesarísimos para lograr el propósito fundamental que buscó el constituyente con esta reforma.

Es justamente uno de los conceptos de la reforma constitucional de derechos humanos el que se abordará en este estudio, con el propósito de exponer sus alcances, conceptualización, principios relacionados, naturaleza jurídica, límites y aplicación, del principio de interpretación conforme, que contribuya a su exploración doctrinal y práctica para el trabajo jurídico de jueces y abogados en general.

Si tuviésemos que adjetivar la percepción de los abogados mexicanos con relación a la reforma de derechos humanos se podría afirmar que existen emociones contradictorias, por una parte los optimistas, los que ven con ella la oportunidad de potencializar los derechos humanos desde el momento mismo en que éstos se defienden en una primera instancia jurisdiccional que tendrá la posibilidad jurídica de protegerlos por encima de la ley meramente ordinaria, es decir ampliando su protección hacia la Constitución y los tratados internacionales, sin tener que esperar a la instancia salvadora que hasta antes de la referida reforma, se encontraba en exclusivas manos de los jueces de amparo. Por otra parte, existe también una corriente de emociones poco o nada convencidas con estas nuevas facultades de los jueces mexicanos, cobijados por el tradicionalismo cómodo que les genera seguir el *status quo*, de ser solo la boca de la ley como lo sostuvo Montesquieu.

Sin embargo, el riesgo del optimismo puede traer serias consecuencias dañinas al propósito perseguido con la reforma, al no lograrse comprender con claridad que la posibilidad de los jueces para desaplicar una ley ordinaria al caso concreto en aras de proteger la Constitución, tiene límites o parámetros, que deben ser observados por los juzgadores antes de tomar la

decisión de inobservar una disposición legal que tilde de inconstitucional; uno de estos límites es la interpretación conforme.

I. EL ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

El principio de interpretación conforme tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente en el voto formulado por el *justice* Samuel Chase, en el caso *Hylton vs United States* en 1796, quien expresó “si la Corte tiene tal poder de declarar la inconstitucionalidad, soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro”.²

Este precedente judicial estadounidense, fue reiterado por la jurisdicción de ese país y por la propia doctrina de Hamilton quien sostuvo que “la función de los tribunales es declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución.”³ La expresión “evidente”, marca una línea clarísima que favorece el carácter democrático de la legislación, al considerar que la declaración de inconstitucionalidad solo puede producirse cuando resulta evidencia contundente de la contrariedad de la norma con la Constitución.

Por su parte el célebre juez John Marshall, sostuvo que “la conformidad de una ley con la Constitución debía decidirse en sentido afirmativo en un caso dudoso, pues no sobre leves implicaciones y vagas conjeturas debe pronunciarse que la legislatura trascendió sus poderes, sino solo cuando el juez sienta una clara y fuerte convicción sobre la incompatibilidad entre la Constitución y la ley.”⁴

Esta línea argumentativa de Marshall la reiteró en el caso *Dartmouth College vs. Woodward*, al sostener:

Esta Corte no puede ser insensible a la magnitud o a la delicadeza de esta cuestión. Debe examinarse la validez de un acto legislativo; y la opinión del más alto tribunal de derecho de un Estado debe revisarse —una opinión que

² Carpio Marcos, Edgar, “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t., VI. p. 157.

³ *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, num. LXXVIII, p. 331.

⁴ Sánchez Gil, Rubén. “La presunción de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t., VIII. p. 370.

trae consigo evidencia intrínseca de la diligencia, habilidad e integridad con la que se formó-. En más de una ocasión, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con la cual se aboca a considerar tales cuestiones, y declarado que en ningún caso dudoso pronunciaría que un acto legislativo es contrario a la Constitución.⁵

La tesis consistente del principio *indubio pro legislatore* estadounidense tiene su fundamento principal en la fuerza democrática del legislador, haciendo presumir que éste siempre tiene la intención de respetar los límites constitucionales y no de transgredirlos, y ante la duda de inconstitucionalidad la única alternativa de interpretación del juez es interpretar la ley de conformidad con la Constitución, *in harmony with the Constitution*. De esta forma se evita la expulsión de una norma por meras sospechas de inconstitucionalidad, sino que debe ir más allá de la duda razonable.

El principio de interpretación conforme fue adoptado de igual forma en Europa por el Tribunal Federal Constitucional alemán en 1953, en la decisión Rec. 2, 266, 282 –asistencia a los alemanes sobre el territorio federal- bajo el siguiente argumento: “Una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución; pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución...”⁶

En suma el principio de interpretación conforme ha tenido una gran aceptación en la jurisprudencia constitucional de diversos países de Europa y América Latina, como en Colombia⁷, Brasil⁸ y Chile.⁹

⁵ Ídem, p. 371 .

⁶ Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011, p. 52.

⁷ En Colombia el artículo 4 de la Constitución establece: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

⁸ En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, el marco concerniente a la interpretación conforme a la Constitución es el voto del juez Moreira Alves en la Rep. 1417, de 1987: “[La] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad, de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución”. Véase: Da Silva Virgilio, Alfonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 5.

⁹ Sentencia Rol 309/2000. Citado por Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 55.

En España el artículo 10.2 de la Constitución, dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Para el caso mexicano, Rubén Sánchez Gil¹⁰ sostiene que el antecedente del principio de interpretación conforme data de 1940, cuando la Segunda Sala de Suprema Corte emitió una jurisprudencia que dice: “Las leyes secundarias deben interpretarse armonizándolas con los estatutos constitucionales, porque no se concibe, salvo cuando el texto de ellas sea perfectamente claro y no dé lugar a interpretación, que el legislador haya pretendido establecer una disposición a todas luces anticonstitucional.”¹¹

El propio Rubén Sánchez Gil afirma:

No obstante las importantes tesis... no se recurrió constantemente a la interpretación conforme, en la adjudicación constitucional mexicana, debido a que el régimen político imperante en la mayor parte del siglo XX resultó en un minimalismo de la Suprema Corte y los demás órganos jurisdiccionales mexicanos, que impidió la formación de una consistente teoría normativa constitucional que desembocara en una interpretación de este tipo.¹²

Coincido con la afirmación anterior, puesto que durante el régimen hegemónico del país hasta la culminación de siglo XX, hubo un escaso desarrollo de la jurisprudencia mexicana no solo en tópicos como la interpretación conforme, sino en la propia renuncia que la Corte hizo a ejercer el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose solo en un tribunal de legalidad de cierre de la jurisdicción nacional.¹³

La doctrina de interpretación conforme en México es reciente para el caso del Poder Judicial Federal, principalmente se da a partir de la reforma constitucional de diciembre de 1994 que confirió facultades propias de tribunal constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y con ello la posibilidad de ejercer el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, por la vía de acción de inconstitucionalidad; es así como se vino a

¹⁰ *op. cit.*, nota 4, p. 396.

¹¹ LEYES SECUNDARIAS, INTERPRETACION DE LAS. 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo LVII; Pág. 2581

¹² *Op. cit.*, nota 4, p. 396.

¹³ Véase: Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México, Fontamara, 2002. Cossío define el periodo de 1940 a 1994 como minimalismo de la Corte mexicana.

desarrollar con mayor auge la doctrina del principio de interpretación conforme, en las jurisprudencias de la novena época.¹⁴ Si ello ocurre en esta instancia federal, que podemos esperar de las jurisdicciones ordinarias, léase jueces locales que tienen frente a sí el reto de ejercer control constitucional respetando el parámetro de interpretación conforme.

Es con la reforma de junio de 2011 al artículo 1º constitucional cuando se constitucionaliza el principio de interpretación conforme como criterio de interpretativo del texto constitucional en el párrafo segundo que a la letra dice: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

¹⁴ INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN. La interpretación de una norma general analizada en acción de inconstitucionalidad, debe partir de la premisa de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma; sin embargo, no debe perderse de vista que la acción de inconstitucionalidad es un medio de control que tiene como una de sus finalidades preservar la unidad del orden jurídico nacional, a partir del parámetro constitucional; como tampoco debe soslayarse que tal unidad se preserva tanto con la declaración de invalidez de la disposición legal impugnada, como con el reconocimiento de validez constitucional de la norma legal impugnada, a partir de su interpretación conforme a la Ley Suprema, ya que aun cuando los resultados pueden ser diametralmente diferentes, en ambos casos prevalecen los contenidos de la Constitución. En consecuencia, el hecho de que tanto en el caso de declarar la invalidez de una norma legal, como en el de interpretarla conforme a la Constitución, con el propósito de reconocer su validez, tengan como finalidad salvaguardar la unidad del orden jurídico nacional a partir del respeto y observancia de las disposiciones de la Ley Suprema, este Tribunal Constitucional en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacer un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez de una norma, por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional, frente al peso derivado de que la disposición cuestionada es producto del ejercicio de las atribuciones del legislador y que puede ser objeto de una interpretación que la haga acorde con los contenidos de la Ley Suprema, debiendo prevalecer el que otorgue un mejor resultado para lograr la observancia del orden dispuesto por el Constituyente y el órgano reformador de la Norma Suprema. 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; p. 1343.

Como se verá más adelante este es el reto de los jueces mexicanos, por una parte ejercer la facultad de inaplicar leyes por ser inconstitucionales y por otra realizar ésta delicada tarea armonizándola con el criterio de interpretación conforme.

II. LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME

A. *Concepto*

La doctrina constitucional y como se vio líneas arriba la jurisprudencia, son unánimes al sostener que el concepto interpretación conforme debe ser entendido como la técnica interpretativa de las normas infraconstitucionales que admitiendo dos interpretaciones válidamente posibles pero contradictorias entre sí, debe preferirse aquella que haga acorde la norma con la Constitución.

Así, Alfonso Da Silva Virgilio, sostiene “De forma general, cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, se quiere decir con esto que, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquélla que sea conforme a la Constitución”.¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia Paulo Bonavides:

Una norma puede admitir varias interpretaciones. De éstas, algunas conducen al reconocimiento de la inconstitucionalidad, otras sin embargo consienten en tomarla por compatible con la Constitución. El intérprete, adoptando el método propuesto [la interpretación conforme a la Constitución], tiene que inclinarse por esta última salida o vía de solución. La norma, interpretada “conforme a la Constitución”, será por lo tanto considerada constitucional¹⁶

Por su parte Carpio Marcos, entiende el concepto “como la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución es una técnica inmanente o consustancial a la justicia constitucional, más que un criterio interpretación de normas, puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si es que ésta pueda ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la Constitución.”¹⁷

¹⁵ *Op. cit.*, nota 3, p. 4.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Op. cit.*, nota 2, p. 160.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al referirse al concepto de interpretación conforme dice:

En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.¹⁸

De esta forma la cláusula de interpretación conforme parte del principio de que una norma infraconstitucional al examinarse su constitucionalidad puede admitir varias interpretaciones válidamente posibles, de éstas, algunas conducen al reconocimiento de inconstitucionalidad, otras en cambio admiten la constitucionalidad de la norma, el interprete debe preferir ésta última, a efecto de evitar la expulsión de la norma del sistema jurídico.

B. *Naturaleza jurídica del principio*

Para ubicar la naturaleza jurídica del principio de interpretación conforme es necesario precisar que cuando se habla de este concepto, no se está hablando de interpretación constitucional, pues no es la Constitución la que debe ser interpretada en conformidad consigo misma sino con las leyes infraconstitucionales.¹⁹ La interpretación de la ley conforme a la Constitución no es un criterio de interpretación de la Constitución, como lo pueden ser el de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, etcétera.²⁰ Tampoco puede ser un criterio de interpretación de la ley, aunque necesariamente para realizar el examen de constitucionalidad de la norma infraconstitucional es necesario recurrir a los métodos interpretativos ordinarios para conocer el alcance de la disposición normativa.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la interpretación conforme? Se trata de un principio de corte constitucional que obliga a todas las autoridades a interpretar las normas inferiores de derechos humanos buscando

¹⁸ *Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 358. http://www.conatib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf

¹⁹ Véase: Da Silva, Virgilio Alfonso, *op. cit.*, nota 8, p. 4.

²⁰ Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.*, nota 2, p. 159.

la concordancia, armonización y compatibilidad más cercana a la norma constitucional, para evitar la expulsión de normas por la simple sospecha de inconstitucionalidad.

Es decir, se impone un canon o parámetro de observancia del juez para rechazar cualquier interpretación de la ley que riña con la Constitución, si la misma ley puede ser interpretada en forma armoniosa o conforme con la ley fundamental. Luis Aguilar de Luque, afirma que “el principio de interpretación conforme puede ser calificado como un criterio de resolución de conflictos internormativos.”²¹

C. Contenido del principio

Para el caso mexicano como se ha expresado líneas arriba, la constitucionalización del principio de interpretación conforme se dio con la reforma a derechos humanos de junio de 2011, al incorporarse este criterio interpretativo al segundo párrafo del artículo 1º, dejándose atrás lo que de forma tibia venía realizando la Suprema Corte de Justicia en la novena época jurisprudencial.

Ahora bien, el contenido del segundo párrafo del artículo 1º constitucional se puede identificar con los siguientes elementos:

1. Los sujetos vinculados con el principio de interpretativo lo constituyen todas las autoridades dentro del ámbito de sus respectivas competencias, llámese de carácter administrativo, legislativo o jurisdiccional, cuando tengan que interpretar normas relativas a los derechos humanos; no es una facultad exclusiva de jueces, sino de todas aquellas autoridades en el ejercicio natural de sus funciones; pero también cabría la posibilidad de los propios particulares, al momento de hacer planteamientos de defensa de los derechos humanos ante alguna autoridad.
2. Es un criterio vinculante para todas las autoridades, las cuales no pueden negarse a su observancia; se trata de una técnica interpretativa obligatoria no disponible para el sujeto vinculado, ello a fin de evitar que la autoridad haga uso discrecional de ella.
3. Teleología del principio, el criterio de interpretación conforme busca preservar la norma jurídica impugnada de inconstitucional, a efecto evitar el *horror vacui*, evitar con ello caer en un campo lagunoso; al mismo tiempo reconoce la voluntad democrática del legislador de

²¹ Citado por: Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.*, nota 2, p. 160.

respetar los parámetros constitucionales al momento de crear la norma. Por el contrario, la interpretación conforme a la Constitución, es un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declarada nula, al poder ser interpretada en concordancia con la Constitución.²² Se trata pues de buscar por los medios interpretativos naturalmente posibles, la armonización de la norma con la norma fundamental, preservando la obra legislativa y por consiguiente preservando el derecho creado democráticamente. De ahí que ninguna norma puede ser declarada inconstitucional si ésta admite una interpretación conforme con la Constitución; como puede advertirse la declaratoria de inconstitucional es el último recurso que tiene el juez constitucional, cuando de las interpretaciones posibles de la norma infraconstitucional ninguna de ellas hagan compatible la ley con la norma fundamental.

4. Interpretación conforme con la Constitución y con los Tratados Internacionales, el criterio interpretativo aplica no solamente a la norma constitucional sino también al derecho convencional,²³ esto es, las normas infraconstitucionales nacionales deben ser armonizadas también con los tratados internacionales que México a suscrito y que contienen derechos humanos; de esta forma se crea un amplísimo bloque de constitucionalidad extendido a todos los tratados firmados por nuestro país. De ahí que si una norma tildada de inconstitucional admite una interpretación armoniosa con alguna disposición convencional debe preferirse esta interpretación conforme a afecto de evitar la expulsión de la ley infraconstitucional.
5. El objeto materia de la interpretación, lo constituyen los derechos humanos contenidos en las normas constitucionales y convencionales, pero también los derechos contenidos en todas las normas de carácter inferior a la Constitución, es decir el objeto de la armonización conforme abarca el contenido total de los derechos humanos con independencia de estar o no constitucionalizados o incorporados en el derecho internacional; incluso en los últimos años esta tendencia protectora de maximización de los derechos humanos ha tenido una expansión importante en el ámbito estatal en México, en donde se

²² Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 49.

²³ El reconocimiento de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales como fuente de derecho nacional es otro de los grandes aportes de la reforma constitucional al artículo 1º en México, y con ello se da cumplimiento a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en México a partir del 27 de enero de 1980.

han incorporado derechos que no necesariamente se encuentran reconocidos en las normas constitucionales.²⁴

6. Vinculación con el principio pro persona. La cláusula de interpretación conforme mantiene una fuerte vinculación con el principio *pro hominie*, ello implica favorecer en todo tiempo a las personas la protección mas amplia de sus derechos.²⁵ En opinión de José Luis Caballero Ochoa, el principio pro persona cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos al que alude el tribunal Constitucional español, y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.²⁶

III. EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y SU TÉCNICA DE APLICACIÓN POR LOS JUECES MEXICANOS

La gran interrogante es como deberán enfrentar los jueces mexicanos la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad, bajo que parámetros, que límites impone el ejercicio de esta atribución, cuales técnicas argumentativas deben ser utilizadas y como evitar la expulsión de ordenamientos jurídicos por meras sospechas de inconstitucionalidad, en contravención con la cláusula de interpretación conforme.

En adelante se pretende plantear algunos parámetros metodológicos que puedan servir a los juzgadores mexicanos para ejercer la facultad de

²⁴ Nayarit es un ejemplo de ello, que ha incorporado un catalogo de derechos sociales propio de esta entidad distintos a los reconocidos en la Constitución federal, por ejemplo el derecho a conocer la información genómica, derecho a la atención médica gratuita de los adultos mayores entre otros. Véase el artículo 7 de la Constitución Política del Estado de Nayarit.

²⁵ Así, lo previsto en el numeral 29 de la CADH, relativo a que ninguna disposición de ese tratado puede interpretarse para “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno” o “excluir o limitar el efecto que puedan producir la declaración americana de derechos y deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” o “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad”, deben considerarse en la “interpretación conforme” que se realice en términos del artículo 1o. constitucional.

²⁶ Caballero, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 130.

control difuso de constitucionalidad, respetando el principio de interpretación conforme y por ende evitando incurrir, en el ejercicio de esta atribución, en violaciones constitucionales por una inadecuada técnica de aplicación del principio constitucional.

A. *Requisitos previos*

La cláusula de interpretación conforme exige para su observancia tener en cuenta una serie de pasos previos para realizar el examen de constitucionalidad de la ley impugnada. Es decir, presume la existencia de principios que se encuentran vinculados al de interpretación conforme que necesariamente son de agotamiento anterior a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma.

En esta línea, las siguientes argumentaciones se orientan a analizar estos requisitos previos para la adecuada observancia del principio de interpretación conforme, como son la unidad del ordenamiento jurídico, presunción de constitucionalidad y conservación del derecho.

B. *Unidad del ordenamiento jurídico*

El sistema jurídico de un estado constitucional esta organizado a través de una unidad normativa, coherente, cohesionado y alienado a una norma principal, en este caso la Constitución. Kelsen sostiene que dicha alineación a una norma de cierre del ordenamiento jurídico permite armonizar y cohesionar el sistema jurídico bajo un parámetro de alineación jerárquica de tipo vertical, donde la Constitución se ubica en el vértice de la pirámide normativa.²⁷

Partiendo de este axioma, la unidad del ordenamiento jurídico hace de la Constitución una norma de carácter supremo que permite darle unidad y validez al sistema normativo secundario de un estado constitucional, de ahí “que la Constitución es una norma suprema significa sólo y no es poco, que ésta no puede ser violada por los poderes públicos.”²⁸

Así es que Gilmar Ferreira Mendes entiende que la unidad del ordenamiento jurídico otorga validez a la interpretación conforme a la Constitu-

²⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p.

²⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 149.

ción pues “las leyes y las normas secundarias deben interpretarse obligatoriamente en consonancia con la Constitución”.²⁹

En función de esta unidad del ordenamiento jurídico las leyes emanadas bajo la vigencia de la norma suprema debeN ser interpretadas en concordancia con la Constitución. Pues es justamente este requisito el que permite considerar a un conjunto normativo como un sistema jurídico propiamente dicho.

“Efectivamente, la unidad total del ordenamiento ha de inspirarse en la unidad constitucional.”³⁰ Invariablemente la interpretación de las normas infraconstitucionales tienen como parámetro interpretativo a la norma fundamental, y en consecuencia reconoce que la disposición normativa a interpretar forma parte de un todo y no puede ser aislado su análisis porque sería desconocer la pertenencia de la norma al sistema jurídico respectivo.

De tal suerte que el operador jurídico, léase juez, al hacer el estudio de constitucionalidad debe reconocer que la interpretación de determinada disposición normativa puede tener implicaciones que impacten el sistema jurídico completo y para ello es necesario recurrir a argumentos como el sistemático y de coherencia para evitar la exclusión de otras disposiciones normativas pertenecientes al sistema.³¹

En síntesis se puede afirmar que el principio de unidad del ordenamiento jurídico infiere la necesidad de interpretar las disposiciones infraconstitucionales observando el sistema jurídico completo, donde la referencia de cierre del sistema se ubica la norma constitucional.

C. Presunción de constitucionalidad

Otro de los requisitos previos para observar la cláusula de interpretación conforme es la relativa a la condición de considerar a la norma sometida a control como una norma presumiblemente constitucional.

El criterio de presunción de constitucionalidad, parte del principio de que la norma infraconstitucional goza de una presunción *juris tantum*, esto es, que el legislador al momento de crearla actuó respetando los parámetros constitucionales, es decir la norma impugnada es constitucional salvo prueba en contrario.

²⁹ Citado por Da Silva, Virgilio Alfonso, *op. cit.*, nota 8, p.

³⁰ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 61.

³¹ Sobre la tipología de la argumentación constitucional véase: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier; *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

Partiendo de esta premisa, el juez constitucional, al momento de realizar el examen de constitucionalidad no puede actuar en sentido inverso a esta presunción, es decir, la concepción, criterio o postura inicial del juzgador para examinar la ley, debe ser que la norma es constitucional, luego entonces solo puede entrar al argumento contrario, inconstitucionalidad, si encuentra argumentos sólidos, contundentes y únicos que no hagan compatible la norma en estudio, con la Constitución. “La presunción de constitucionalidad, por lo tanto, no es mas que el comienzo de la argumentación procesal.”³²

Ferrees Comella, sostiene al respecto: “La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: *in dubio pro legislatore*.”³³

En tal sentido la ley goza de una presunción de constitucionalidad que debe ser observada por el juzgador, para evitar la expulsión de normas por la mera sospecha de inconstitucionalidad, intuitiva del juez. Corresponde entonces al impugnante aportar la argumentación necesaria para desvirtuar tal presunción y en su caso obtener la declaratoria de inconstitucionalidad pretendida.

En este caso encontramos un problema en el caso mexicano, puesto que el control difuso ahora reiterado a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad, es de carácter oficioso, es decir, no se requiere que las partes pidan expresamente el estudio de constitucionalidad de una norma, sino que basta que el juez lo advierta, para que tenga la potestad de realizar dicho estudio, luego entonces, dicha facultad tendrá que ejercerla siempre y cuando encuentre argumentos irrefutables de que la norma no puede ser interpretada en armonde la mera sospecha de inconstitucionalidad y con ello provocar un desconocimiento del sistema democrático reocupante inaplicación con la Constitución.

Es aquí donde se advierten algunos de los inconvenientes más delicados del control difuso de constitucionalidad mexicano, puesto que la poca experiencia de los jueces ordinarios en los asuntos constitucionales puede llevar a una preocupante inaplicación de normas jurídicas por la mera sospecha de inconstitucionalidad y con ello provocar un desconocimiento del sistema

³² Sánchez Gil, Ruben, *op. cit.*, nota 4, p. 394.

³³ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 141.

democrático del ordenamiento jurídico y por consiguiente la propia violación directa a la Constitución.

La razón que sustenta el principio de presunción de constitucionalidad tiene su origen en el espíritu democrático que debe caracterizar al legislador. Es al mismo tiempo una forma de reducir la histórica tensión entre democracia y justicia constitucional.³⁴ Así, “el juez constitucional solo declara la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con la Constitución es clara. Ello significa la aplicación de esa máxima esencial en la jurisdicción constitucional: *in dubio pro legislatore*, que no es sólo la exigencia de la técnica jurídica, sino también y sobre todo una consecuencia del principio democrático.”³⁵

Hay una fuerte corriente doctrinal que cuestiona este criterio previo de presunción de constitucionalidad, con el argumento de que dicha referencia inmerecida al legislador impide al juzgador declarar la inconstitucionalidad de la norma, porque siempre será posible encontrar un espacio argumentativo para armonizar la norma con la Constitución. Así, Alfonso Virgilio Da Silva sostiene:

De esta forma, aquéllos que aceptan lo que se ha escrito sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes y sobre la interpretación conforme a la Constitución y que sean mínimamente coherentes con los argumentos que suelen traerse a propósito, se darán cuenta rápidamente de que la idea de control de constitucionalidad y la interpretación conforme a la Constitución dejan de tener mucho sentido, pues será difícil no encontrar un argumento por simple que sea, que no sostenga la presunción de constitucionalidad de una ley y, consecuentemente, la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución.³⁶

Sin embargo, habría que considerar que la presunción de constitucionalidad de la norma no limita al juzgador a ejercer con plenitud de jurisdicción la facultad de enjuiciar la obra legislativa, sino que, impone únicamente, el deber del juez constitucional de aportar argumentos robustos para sustentar una decisión que implique desconocer la norma por inconstitucional. Es entonces, un principio de argumentación procesal, que infiere la pertinencia de que la posición inicial del juez oscila en presumir la constitucionalidad de la norma, salvo prueba en contrario, que se configuran con

³⁴ Sobre la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional véase: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

³⁵ Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 124.

³⁶ Da Silva, Virgilio Alfonso, *op. cit.*, nota 8, p. 11.

argumentos objetivamente evidentes para refutar este beneficio de la duda a favor del legislador. “El beneficio de la duda otorgado al legislador, en todo caso y simplemente, es una consideración al ejercicio de una función constitucional análoga a la otorgada a cualquier otro demandado, no una genuflexión.”³⁷

Por otra parte, también puede considerarse que la presunción de constitucionalidad evita anticipar o precipitar criterios del juzgador constitucional, que comprometan interpretaciones futuras que no hubo la oportunidad de reflexionar con mayor profundidad al momento de realizarse el examen de constitucionalidad. Es decir, una declaratoria de inconstitucionalidad sin argumentos sólidos y objetivamente robustos puede favorecer el error interpretativo. Indudablemente que como toda obra humana, el error siempre estará latente, lo que aconseja la presunción de constitucionalidad, es una forma prudente del juzgador, en caso de duda, sobre la constitucionalidad de la norma siempre hay que inclinarse a favor de la validez de la norma y no en el sentido contrario. Esto ayuda a evitar errores y facilita al mismo tiempo su corrección, en consecuencia “en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, el tribunal presume su validez, pues de este modo los posibles errores que cometa podrán corregirse posteriormente y con mayor facilidad”³⁸, en nuevas interpretaciones, con análisis y argumentos que tal vez no se tengan en un primer momento de reflexión constitucional.

D. *Conservación del derecho*

El principio de conservación del derecho es otro de los presupuestos que debe observar el juez constitucional al momento de realizar la confronta entre una ley y la Constitución. Conservar el derecho implica la necesidad de hacer que prevalezcan las normas jurídicas impugnadas cuando estas admitan una interpretación conforme a la Constitución, y de esta forma, evitar el *horror vacui*; “se dice a menudo que esta doctrina responde al principio general de conservación de los actos jurídicos: es deseable evitar el vacío que supone la expulsión de la ley del ordenamiento, por lo que es preferible interpretar el texto legal de modo que se evite ese efecto.”³⁹

Por consiguiente, previo a declarar la inconstitucionalidad de la ley, el juez debe buscar por todos los métodos interpretativos a su alcance, la concordancia de la ley con la Constitución. “Si el derecho se compone de rela-

³⁷ Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 4, p. 387.

³⁸ Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 77.

³⁹ Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 33, p. 37.

ciones jurídicas positivas, es decir, el derecho vigente, se concluye afirmando que el objeto fundamental de cualquier operador jurídico habrá de consistir, precisamente, en el mantenimiento de la vigencia del derecho, toda vez que conservarlo subyace como medio idóneo para asegurar la certeza que antes hemos descrito. Por ello, todo intérprete de la Constitución debe, en primer término, aplicar las disposiciones de la misma con la pretensión de afirmar en el tiempo la fuerza normativa de los preceptos que la componen y promover así la seguridad jurídica recalcada fundamentalmente por el Tribunal Constitucional.⁴⁰

En efecto, observar el principio de conservación del derecho permite al juez constitucional emprender una interpretación conforme a la Constitución, para evitar incurrir en un problema adicional que, necesariamente se produce con la expulsión de la norma inconstitucional, esto es, evita caer en un espacio lagunoso del derecho. La declaratoria de inconstitucionalidad de la ley produce un efecto al mismo tiempo grave para el juez, puesto que ahora aparece un inconveniente adicional, el vacío normativo que debe llenar aplicando otros métodos argumentativos para colmar la laguna. Por tanto, el juez constitucional, más que ningún otro, está interesado en salvaguardar en toda su integridad el ordenamiento constitucional, puesto que su misión esencial descansa, precisamente, en esa salvaguardia. El horror vacui constituye, en definitiva, la causa eficiente inmediata del proceder del Tribunal.⁴¹

El principio de conservación del derecho, contemplado desde un punto de vista teórico, coincide con una exigencia práctica: intentar en la medida de lo “posible”, por vía interpretativa, huir del vacío que se provoca cuando una disposición legal se declara nula.⁴² Este problema puede agudizarse en el caso del control abstracto de constitucionalidad, cuando la expulsión de la ley tiene efectos generales y el legislador retarda corregir la norma por la vía del proceso legislativo, en tal caso el riesgo de laguna puede permanecer indefinidamente; provocándose con ello un perjuicio mayor a la mera inconstitucionalidad de la norma.

Como se advierte, la conservación del derecho es al mismo tiempo un elemento que contribuye a reducir la tensión entre democracia y justicia constitucional, porque parte del presupuesto de que el juez constitucional debe buscar preservar la obra legislativa actuando con especial prudencia al momento de decidir sobre la inconstitucionalidad de la ley. Como lo sostiene

⁴⁰ Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 186.

⁴¹ *Ibidem*, p. 200.

⁴² Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 88.

ne el célebre jurista norteamericano Thayer: “el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino sólo aquellas que lo sean de un modo manifiesto, más allá de toda duda razonable.”⁴³

En suma, observar el principio de conservación del derecho como presupuesto del estudio de constitucionalidad de las normas infiere reconocer la obra legislativa, garantiza la certeza y seguridad jurídica del ordenamiento legal, y finalmente reduce el carácter contramayoritario de la justicia constitucional; conservar el derecho presupone una legitimidad de la ley, que solo puede ser desacreditada si se demuestra la supuesta irregularidad constitucional, de lo contrario la norma impugnada debe ser conservada.

IV. LA OBSERVACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME POR LOS JUECES MEXICANOS, UNA TÉCNICA DE APLICACIÓN.

El reto de los jueces mexicanos frente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, como se ha dejado constancia, abre un campo fértil para convertirlos en jueces de constitucionalidad. El problema ahora implica establecer los parámetros técnico metodológicos para que los jueces ordinarios pueden ejercer adecuadamente esta importante facultad de ser garantes plenos de la supremacía constitucional, por una parte inaplicando disposiciones normativas contrarias al texto constitucional, pero respetando los límites que impone el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución, esto es, observando el principio de interpretación conforme.

Corresponde ahora intentar ofrecer una serie de pasos o recomendaciones que pueden ayudar al juzgador al momento de resolver un problema en el que se plantee la inconstitucionalidad de normas con el propósito de apoyar principalmente a los jueces ordinarios a realizar con prudencia la labor de garante constitucional.

A. Argumentación jurisdiccional para el examen de constitucionalidad

Uno de los principales tópicos de la labor jurisdiccional es la argumentación de los jueces, para resolver una controversia jurídica concreta. Sostiene Wróblewski que motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan.⁴⁴ Esto es, toda decisión de los jueces debe

⁴³ Citado por: Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 33, p. 145.

⁴⁴ Citado por: Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, nota 31, p. 36.

ofrecer argumentos racionales convincentes y persuasivos fundados en normas jurídicas que resuelva una controversia. Para el caso que nos ocupa, la argumentación judicial para resolver sobre la constitucionalidad de una norma esta tasada por reglas impuestas por la propia Constitución. La primera de las reglas se refiere al parámetro de supremacía constitucional, ninguna norma jurídica puede estar por encima de la Constitución, dicho de forma simple⁴⁵. Pero que implica esta regla, como advertir que la norma impugnada de inconstitucionalidad termina siéndolo. Es aquí donde aparece una segunda regla constitucional, la interpretación, es decir las normas jurídicas no siempre de su literalidad pueden referir claramente su concordancia o no, con la Constitución, sino que se requiere un proceso interpretativo previo de la norma impugnada y de la propia norma constitucional para determinar si existe la antinomia. Incluso el proceso interpretativo, para el caso del control difuso de constitucionalidad, ocurre a partir de un contexto de aplicación de la norma a un caso concreto, esto es, la norma entra en conflicto con la Constitución en el momento en que dicha norma pretende ser aplicada a un caso en particular y es ahí donde se advierte la posibilidad de que la misma sea contraria a la constitucional; por tanto la labor interpretativa no siempre se da en forma abstracta, sino que para el caso mexicano, esta puede ser en forma concreta, propia del modelo difuso de control de constitucionalidad.

La tercera regla que debe reconocer el juzgador es la relativa al criterio de interpretación conforme, con todo lo que infiere respetar este principio como se ha advertido líneas arriba, evitar en la medida de lo posible, las consecuencias que acompañan a la declaratoria de inconstitucionalidad, como por ejemplo el horror vacui, conservar el derecho vigente y presumir la constitucionalidad de la norma.

Ahora bien, observadas las reglas previas al examen de constitucionalidad, el juez puede determinar el conflicto de constitucionalidad observando los siguientes parámetros:

1. *Identificar la antinomia*, la primera actividad corresponde identificar la antinomia entre la norma inferior y la Constitución. Guastini identifica a la antinomia de dos modos: a) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, o b) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas

⁴⁵ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema.⁴⁶ El problema principal en tal caso es identificar la posibilidad de antinomia entre la norma objetada con la norma constitucional; esto es un problema nada fácil de resolver puesto que las antinomias no siempre aparecen de forma evidente que permita identificarlas de la sola literalidad del precepto. Existen antinomias que pueden derivarse de la propia literalidad de los preceptos, lo cual no sería tan complicado identificarlas, en cambio, pueden identificarse antinomias difíciles de advertir, como aquellas que solo se producen de la interpretación o aplicación de los preceptos a casos concretos. Para tal efecto habría que advertir en donde radica la duda de inconstitucionalidad, es decir la antinomia; la duda de inconstitucionalidad puede surgir de: a) la literalidad del precepto legal impugnado, b) de su interpretación, o c) de la aplicación de la norma al caso concreto.

a) De la literalidad del precepto. En este caso la antinomia puede deducirse del contenido literal de la disposición normativa impugnada, que infiere una contradicción con la norma constitucional, normas incompatibles, siguiendo el método de Guastini, sea porque un comportamiento este regulado de forma incompatible entre la norma infraconstitucional y la Constitución, o bien que el comportamiento regulado contenga consecuencias jurídicas incompatibles por la norma impugnada y la Constitución. Este primer supuesto pudiera deducirse de la mera literalidad de los preceptos en pugna, siempre que se evidencie con claridad la antinomia.

b) De su interpretación. Así como la antinomia puede prevenirse por medio de la interpretación jurídica, también la interpretación puede provocarla. En tal caso habría que reflexionar sobre la utilización de métodos interpretativos adecuados para evitar la antinomia o en su caso generarla. Debe decirse que en este tópico, una forma de evitar la antinomia es la utilización de técnicas interpretativas idóneas como lo recomienda el propio Guastini, algunas de ellas podrían ser la interpretación adecuadora y la interpretación restrictiva. Se llama interpretación adecuadora aquella que adapta, adecua el significado de una disposición a un principio o a una norma de rango superior (Constitución) de modo que evite el surgimiento de conflictos. Por su parte la interpretación restrictiva tiene el efecto de excluir del campo de aplicación de una cierta norma un determinado supuesto de hecho que, interpretado diversamente, entraría en ese campo.⁴⁷

c) De la aplicación de la norma al caso concreto. Por otra parte, la antinomia puede surgir al momento en que la norma infraconstitucional tiene

⁴⁶ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Especial ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2010. p. 7.

⁴⁷ Véase: *Ibidem*, p. 73.

efectos jurídicos concretos en un acto de aplicación, este momento sería el más recurrente en el control difuso de constitucionalidad, porque la duda de constitucionalidad y su consecuente impugnación ocurre cuando la norma infraconstitucional es aplicada.

2. *Interpretar la norma con los métodos ordinarios.* Como se sostiene líneas arriba, la interpretación jurídica puede evitar la antinomia o en su caso provocarla; para el caso del examen de constitucional de la ley impugnada, el juzgador debe realizar su labor interpretativa mediante la utilización de métodos y técnicas interpretativas ordinarios, esto es, que sean los adecuados para dilucidar cualquier problema interpretativo. De ahí que si de la utilización de los métodos interpretativos ordinarios se advierte la posible antinomia será necesario agotar lo siguiente.

3. *Resultado de la interpretación.* Si del adecuado uso de los métodos interpretativos produce en un primer ejercicio la conclusión de que la norma es inconstitucional, el juzgador no puede, atendiendo al principio de interpretación conforme, provocar inmediatamente la declaratoria de inconstitucionalidad; por el contrario, debe reflexionar, cuestionarse, intentar si la norma puede ser interpretada de manera conforme a la Constitución; este ejercicio amerita un esfuerzo reflexivo profundo, valorar si la técnica interpretativa usada es suficientemente sólida para arribar a la inconstitucionalidad, incluso evaluar la posibilidad del error argumentativo del juez, “por una parte, puede ocurrir que invalide una ley que, en realidad, tras una reflexión más profunda a la luz de nuevos datos y argumentos, aparece como perfectamente constitucional. Por otra, puede suceder que el juez declare válida una ley que en realidad, es inconstitucional, como aparece tras una mayor reflexión.”⁴⁸ Es claro que la posibilidad del error de la decisión judicial siempre estará latente, sin embargo será necesaria una argumentación robusta que justifique la decisión.

Por otra parte el resultado de la interpretación puede ser que la norma admita dos interpretaciones válidamente posibles pero incompatibles entre sí, esto es, que por una parte se produzca una interpretación que indica la inconstitucionalidad y otra que admita la constitucionalidad, en tal caso, el problema se resuelve prefiriendo la interpretación conforme a la Constitución. Ahora bien, decir que deben ser “interpretaciones válidamente posibles” significa que sean el resultado natural de la utilización de métodos y técnicas interpretativas que producen orientaciones incompatibles sobre un mismo problema, no se trata de forzar una interpretación opuesta para

⁴⁸ Ferreres Comella, Victor, *op. cit.*, nota 33, p. 200.

evitar la inconstitucionalidad. Deben surgir ambas interpretaciones como resultado de un proceso interpretativo normal.

Si el único resultado interpretativo de la norma conduce a determinar la inconstitucionalidad, el juzgador debe argumentar en su decisión que no fue posible encontrar una interpretación conforme a la Constitución, y por consiguiente es necesario determinar la inconstitucionalidad, esto con el propósito de justificar en la decisión que el juez constitucional si estuvo pendiente de salvar la validez de la norma impugnada y por ende atendió el principio de interpretación conforme.

Ahora bien, el proceso de decisión de inconstitucionalidad debe ser cuidadoso para evitar que se expulse del ordenamiento jurídico disposiciones normativas que si son compatibles con la Constitución. No necesariamente toda la disposición normativa puede resultar incompatible, sino, solo algunos enunciados, frases o palabras, pero el demás contenido debe preservarse; de ahí que la labor del juez constitucional estribe en determinar cuales porciones normativas deben ser eliminadas de la norma y en su caso preservar aquellos enunciados que no son contrarios a la Constitución. Invalidar todo el precepto normativo representaría violentar al mismo tiempo el principio de supremacía constitucional.

4. *Los casos de duda.* Con seguridad el juez puede encontrarse casos dudosos en los que el problema de inconstitucionalidad o constitucionalidad no permita ser determinado con certeza o claridad argumentativa. En tales condiciones atendiendo al principio de presunción de constitucionalidad el juez deberá preferir la constitucionalidad de la norma como alternativa de solución al conflicto planteado. “Que la ley se beneficie de una presunción de constitucionalidad quiere decir que sólo cuando existen suficientes argumentos en contra de la misma puede el juez dar el paso de invalidarla.”⁴⁹ Como se ha sostenido en este trabajo, la decisión de determinar la invalidez de la norma requiere argumentos robustos que destruyan la presunción de la que gozan las leyes, mientras no se tengan dichos argumentos la duda favorecerá la presunción de constitucionalidad y tendrá como resultado la validez de la norma impugnada.

B. *Las sentencias interpretativas. Una forma de equilibrar el debate*

Ante los dilemas que se presentan por la observación del principio de interpretación conforme, los jueces constitucionales pueden producir sen-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 215.

tencias interpretativas, en su intento por salvar la constitucionalidad de la ley. Con frecuencia este tipo de sentencias producen resultados interpretativos respecto a la ley, que sirven de orientaciones para los siguientes análisis sobre la misma disposición normativa, en algunos casos, como ocurre en México, estos precedentes resultan obligatorios para todos los tribunales cuando son emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los jueces constitucionales por lo regular cuando resuelven la validez de la norma atendiendo al principio de interpretación conforme, como resultado de dos interpretaciones válidamente posibles pero contradictorias entre sí, son conscientes que existen elementos también sólidos para sostener la inconstitucionalidad de la norma, y se ven en la incomoda disyuntiva de preferir la interpretación que haga compatible a la norma con la Constitución, pero son sensatos en el sentido de que la norma tiene un indicio de inconstitucionalidad.

Una forma de resolver este dilema son las llamadas sentencias interpretativas entendidas éstas como “aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino sobre una norma que de él puede deducirse mediante el empleo de los métodos habituales de interpretación.”⁵⁰ Las sentencias interpretativas permiten salvar la validez de la norma pero dejan constancia argumentativa que alguna de las interpretaciones posibles de la norma impugnada puede ser entendida en sentido inconstitucional. De esta forma Díaz Revorio sostiene al respecto que las sentencias interpretativas “son aquellas, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él deriva conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución.”⁵¹

Este tipo de sentencias permiten advertir aquellas interpretaciones que fueron desechadas por el juez constitucional que determinaban la incompatibilidad de la norma con la Constitución, pero que por atender el principio de interpretación conforme no fueron atendidas; sin embargo, la argumentación interpretativa que se produce resulta ampliamente valiosa. Regularmente estas interpretaciones no se encuentran en la parte final del fallo de la sentencia, sino en la parte considerativa que lo precede. Estos precedentes sin duda pueden servir como orientaciones validas para futuras discusiones en las que sea sometida a control de nueva cuenta la ley impugnada, para advertir la consistencia evolutiva de los argumentos previos.

⁵⁰ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 516.

⁵¹ Citado por: Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 97.

C. *Las riesgos de las sentencias manipulativas. ¿De legislador negativo a legislador positivo?*

Otro de los resultados que puede producir la sentencia de los jueces constitucionales es por una parte, la declaratoria de constitucionalidad parcial de la norma impugnada y por la otra la inconstitucionalidad de porciones o enunciados normativos. A este tipo de sentencias la doctrina italiana les denomina “manipulativas”, y por tales podemos entender como “aquellas que declaran, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado de forma conjunta o compleja de una disposición normativa, produciendo el efecto de modificar o innovar dicho contenido normativo.”⁵²

En este tipo de sentencias el juez constitucional al desprender de la norma aquellas porciones que resultan inconstitucionales y dejar las compatibles con la Constitución, prácticamente cambia el sentido de la norma, su redacción y por consiguiente el contenido, convirtiéndose de un legislador negativo a uno de carácter positivo o colegislador. Existen en la doctrina fuertes críticas al respecto sobre este tipo de sentencias que consideran el actuar del juez constitucional, como violatorio del principio de división de poderes que es el fundamento mismo de toda la arquitectura constitucional.⁵³ Y con ello se ahonda más el debate sobre el carácter contramayoritario de la justicia constitucional.

Recientemente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 581/2012,⁵⁴ resolvió un asunto en el que se demandó la inconstitucionalidad del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, por considerar que dicho precepto viola el principio de igualdad y genera discriminación hacia las personas del mismo sexo que deciden contraer matrimonio. En este caso se dicta una sentencia manipulativa, puesto que por una parte se armoniza una porción normativa del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca que establece el concepto de matrimonio, y por otra elimina aquellas porciones del precepto que considera inconstitucionales, produciéndose un nuevo enunciado normativo.

El enunciado normativo del referido precepto dispone “El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se

⁵² Figueroa Mejía, Giovanni A., *op. cit.*, nota 6, p. 147.

⁵³ Véase: Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 50, p. 522.

⁵⁴ La sentencia puede consultarse en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143969>.

unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.” Después de las consideraciones y argumentos vertidos en la sentencia la Corte determina que el precepto anterior debe quedar de la siguiente manera “el matrimonio es un contrato civil celebrado entre dos personas para proporcionarse ayuda mutua en la vida”.⁵⁵

Como se puede advertir la sentencia manipulativa pretende salvar los enunciados normativos compatibles con la Constitución y elimina aquellos que considera inconstitucionales, pero el resultado que se produce es la generación de una nueva norma jurídica que no fue concebida por el legislador, convirtiéndose el juez constitucional en un colegislador o legislador positivo. Este deslizamiento, que ha permitido al legislador negativo asumir la función del legislador a secas, es paradójicamente el resultado final, no necesario, pero posible, de una construcción teórica dominada por la preocupación de mantener la sujeción del juez a la ley.⁵⁶

V. CONCLUSIÓN

El reto de los jueces mexicanos frente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, como se ha dejado constancia, abre un campo fértil para convertirlos en jueces de constitucionalidad. El problema ahora implica establecer los parámetros técnico metodológicos para que los jueces ordinarios pueden ejercer adecuadamente esta importante facultad de ser garantes plenos de la supremacía constitucional, por una parte inaplicando disposiciones normativas contrarias al texto constitucional, pero respetando los límites que impone el párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución, esto es, observando el principio de interpretación conforme.

Desconocer el funcionamiento del control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces mexicanos, puede traer consecuencias dañinas al propósito perseguido con la reforma, al no lograrse comprender con claridad que la posibilidad de los jueces para desaplicar una ley ordinaria al caso concreto en aras de proteger la Constitución, tiene límites o parámetros, que deben ser observados por los juzgadores antes de tomar la decisión de inobservar una disposición legal que tilde de inconstitucional; uno de estos límites es la interpretación conforme.

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ Rubio Llorente, Francisco, *op cit.*, nota 50, p. 523.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, MANUEL, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- CABALLERO, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1988.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado de Nayarit.
- COSSÍO, JOSÉ Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México, Fontamara, 2002.
- DA SILVA VIRGILIO, Alfonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 12, enero-junio de 2005.
- EDUARDO FERRER Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, http://www.conatrib.org.mx/html/Paneles/Paneles/PanelVIII_Interpretaci%C3%B3nConformeControlDifusoConvencionalidad_EduardoFerrer.pdf
- El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, num. LXXVIII.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t., VI.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Especial ed., trad. de Marina GASCÓN y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2010.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.
- PRIETO Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. p. 149.
- RUBIO Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Manuel de Jesús ESQUIVEL LEYVA*

SUMARIO: I. *Conceptualización*. II. *Control de constitucionalidad*. III. *Derecho internacional de los derechos humanos*. IV. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. V. *Control de convencionalidad*. VI. *Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes*.

I. CONCEPTUALIZACIÓN

“El control de convencionalidad es un principio articulado con estándares y reglas provenientes de sentencias de tribunales internacionales, con el derecho interno y con la garantía de acceso a la justicia, como una herramienta eficaz y obligatoria para los jueces nacionales y para hacer efectivos los derechos humanos”¹.

La interpretación y acatamiento de los instrumentos internacionales se ha establecido como obligatorio para los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deberán respetar los derechos humanos, en acatamiento al principio de *pacta sunt servanda*, de cumplir lo pactado en un tratado.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad encuentra su antecedente en el concepto de control de constitucionalidad, que consiste en hacer valer el

* Profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa.

¹ Camargo González, Ismael y López Sánchez, Francisco, “*La argumentación jurídica y los neoparadigmas del Derecho*” en Camargo González, Ismael, Esquivel Leyva Manuel de Jesús y Davízón Corrales Guadalupe, Coordinadores, *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del Derecho*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2012, p. 11.

principio de la supremacía de la Constitución a través de su defensa, para que los juzgadores no deban de aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, verifican si las normas contradicen a la Constitución.

El control constitucional también implica el deber de proteger los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional ha venido transformándose, de tener su fundamento en las relaciones entre los Estados, para pasar a la protección de las personas, con lo que nace el derecho internacional de los derechos humanos, con lo que se modifican las conceptualizaciones de Estado nacional y soberanía.

La Carta de las Naciones Unidas de 1945, fue el hito inicial para que se creara un sistema universal de derechos humanos, con el que existen también sistemas regionales para su protección como: el africano, el americano y el europeo.

IV. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Organización de los Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Bogotá, Colombia en abril de 1948, siendo su primer documento trascendental.

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores realizada en Santiago de Chile en 1959, creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se constituye como un órgano colegiado de la Organización de Estados Americanos para promover la defensa y observancia de los derechos humanos.²

La Convención Americana de Derechos Humanos, fue acordada en San José, Costa Rica el 18 de julio de 1978, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en esa ciudad, un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como competencias la aplicación e interpretación de dicha convención, así como de otros tratados referidos a la materia.

El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispone en sus artículos 1, 2 y 3 que tiene atribuciones consultivas y jurisdiccionales.³

² Vid. <http://www.oas.org/es/cidh/>

³ Vid. <http://www.corteidh.or.cr/>

La Convención Americana de Derechos Humanos, fue acordada en San José, Costa Rica el 18 de julio de 1978, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en esa ciudad, un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como competencias la aplicación e interpretación de dicha convención, así como de otros tratados referidos a la materia.

El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispone en sus artículos 1, 2 y 3 que tiene atribuciones consultivas y jurisdiccionales.

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, en la actualidad, no debe ser suficiente revisar si una norma contraviene lo dispuesto en la Constitución, hoy los administradores y aplicadores de justicia tienen la obligación de ser salvaguardas de que se cumplan los instrumentos internacionales en México.

Para que se dé el cumplimiento de lo que preceptúa la Carta Internacional de Derechos Humanos (la integran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el control de convencionalidad, es el modelo que los tribunales nacionales e internacionales deben utilizar.

1. *Control concentrado*

Este control lo ejerce la Corte Interamericana en sede internacional y obedece a las facultades inherentes de la propia Corte al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana.⁴

La Corte Interamericana se encarga como órgano jurisdiccional de este control, verificando si es que hay violación por parte del Estado de los derechos humanos que se consagran en los diversos instrumentos internacionales.

⁴ Eduardo Ferrer MacGregor. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, consultado el 28 de julio de 2013.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos pone en conocimiento a la Corte Interamericana de actos que deberán ser analizados a través de la comparación del Pacto de San José de Costa Rica y otros instrumentos internacionales, incluyendo disposiciones internas de Derecho de los países que son parte del sistema interamericano, con lo que se garantiza la convencionalidad de los actos recurridos.

2. *Control difuso*

Este tipo de control lo podemos definir siguiendo a Eduardo Ferrer Mac Gregor,⁵ diciendo que es “el deber que tienen los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Este control se lleva a cabo, por que los juzgadores nacionales tienen la obligación de estar atentos a que las disposiciones que se apliquen a los casos específicos no contradigan los derechos humanos que contienen los tratados internacionales, porque además de aplicar el control de constitucionalidad, deberán aplicar también el de convencionalidad.

En el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile⁶, en su sentencia se dijo:

Cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o adaptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe de abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

Lo anterior marcó el inicio del control difuso de convencionalidad.

Después, surgió el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú⁷, que en su sentencia ratifica el control difuso de convencionalidad, basándose en el precedente del caso Almonacid Arellano, resolviendo al respecto:

Pero cuando un Estado a ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también

⁵ Ibidem, p.176.

⁶ Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁷ Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.

El control difuso de convencionalidad se manifestó en sentencias en contra de México,⁸ de manera reiterada en los años de 2004, 2008, 2009 y 2010, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Caso Cabrera García y Montiel y Flores Vs. México, ya citado, el juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor⁹, hizo un voto que reviste gran trascendencia para la aplicación del control difuso de convencionalidad por parte del Poder Judicial mexicano en todos sus niveles, adoptando la tesitura siguiente:

66. De esta manera, el control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un bloque de convencionalidad.

⁸ Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113; Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184; Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú Vs. México, Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216 y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

⁹ Voto razonado en la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párrafo 66.

VI. REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El 10 de junio de 2011, la Constitución Mexicana fue reformada para cambiar el contenido del Artículo primero que a la letra dice:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011)

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011)

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

(Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 14 de agosto del 2001)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Reformado mediante decreto, publicado en el diario oficial de la federación el 10 de junio del 2011).

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011, vino a actualizar al sistema jurídico mexicano con la inclusión del nuevo capítulo de los derechos humanos y sus garantías, con el cumplimiento del pago de una vieja

deuda jurídica, al disponerse de normas jurídicas obligatorias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se justifica y con ello la aplicación de los ordenamientos mexicanos al tenor de dicha reforma constitucional, estableciendo que el principio pro homine no implica que se dejen de aplicar las atribuciones y facultades de los órdenes del Estado para la impartición de la justicia, solo que hoy deberán hacerlo con observancia a lo que venga a fortalecer o favorecer más al hombre con apoyo de los instrumentos internacionales que deberán interpretarse y aplicarse, disponiendo en la siguiente tesis jurisprudencial:

PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.

SEGUNDA SALA

Amparo directo en revisión 1131/2012. Anastacio Zaragoza Rojas y otro. 5 de septiembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan José Ruiz Carreón.¹⁰

La conceptualización jurisprudencial del principio en comento consiste en ponderar los derechos humanos siempre en beneficio del hombre que tiene sus bases jurídicas en instrumentos internacionales en los que México ha participado, como se fundamenta en la tesis que a continuación se transcribe:

Pág. 1838

¹⁰ [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2; p. 1587.

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS.

En atención al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Carta Magna y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la aplicación más amplia. Dicho precepto recoge de manera directa el criterio o directriz hermenéutica denominada principio pro homine, el cual consiste en ponderar ante todo la fundamentación de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio. Asimismo, en el plano del derecho internacional, el principio en mención se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación, de manera respectiva, el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO OCTAVO CIRCUITO

Amparo en revisión 402/2011. Guadalupe Edith Pérez Blass. 19 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Franco Luna. Secretario: Salvador Obregón Sandoval.¹¹

De acuerdo con Eduardo Ferrer Mac Gregor¹², "el control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres históricos dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución); y en definitiva un nuevo paradigma del derecho público de los países del sistema interamericano".

VII. CONCLUSIONES

- El control de convencionalidad es obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales mexicanos en todos sus niveles, porque ello garantiza el respeto de los derechos humanos consagrados no solo

¹¹ [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2; p. 1838.

¹² Coordinador; *El control difuso de convencionalidad, diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Editorial Fundap, 2012, p. 3.

en su legislación interna sino también en los instrumentos jurídicos internacionales.

- El Estado mexicano ha sido condenado a reparaciones por violaciones a los derechos humanos por la Corte Interamericana en seis casos, siendo reiterativa a través de sus sentencias para recordar la obligación que tienen los jueces, para llevar a cabo el control de convencionalidad del derecho interno, es decir, de no contravenir a los instrumentos internacionales.
- La reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de junio de 2011, vino a fortalecer la protección de los derechos humanos en todos los sentidos.
- La interpretación y acatamiento en la implementación de la aplicación de los instrumentos internacionales, conforme al principio pro-homine, se estableció como obligatorio para los órganos jurisdiccionales, para que se respeten los derechos humanos en México.

VIII. FUENTES

1. *Bibliográficas*

CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Francisco, “*La argumentación jurídica y los neoparadigmas del Derecho*” en CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael, ESQUIVEL LEYVA, Manuel de Jesús y DAVIZÓN CORRALES, Guadalupe, Coordinadores, *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del Derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.

Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación, México, 10 de junio de 2011.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, consultado el 28 de julio de 2013.

<http://www.oas.org/es/cidh/>

<http://www.corteidh.or.cr/>

2. *Sentencias*

Caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs. México. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Caso Rosendo Cantú Vs. México, Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

SILVA GARCÍA, Fernando, *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos criterios esenciales*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

3. *Tesis del poder judicial mexicano*

[TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2.

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2.

LA GARANTÍA INTERAMERICANA DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: UN DEBATE ABIERTO*

Eduardo FERRER MAC-GREGOR**

A la memoria de JORGE CARPIZO, jurista ejemplar y ser humano excepcional, que tanto le debe la comunidad jurídica iberoamericana y los derechos humanos en la región.

SUMARIO: I. *Exordio.* II. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos.* III. *Crónica de un debate abierto: el artículo 26 de la Convención Americana y la aparente tensión con el Protocolo de San Salvador.* IV. *Vías interpretativas del artículo 26 de la Convención Americana.* V. *Los artículos 26 y 29 del Pacto de San José a la luz del principio pro persona.* VI. *La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana conforme la normativa constitucional y las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales.* VII. *El principio iura novit curia y la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el Caso Suárez Peralta.* VIII. *A manera de conclusión: hacia la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano.*

I. EXORDIO

Desde hace tiempo la garantía jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales se ha convertido en un tema recurrente en la discusión

* La presente ponencia tiene como fundamento el voto concurrente emitido en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

académica y judicial. Las posiciones van desde aquellas que consideran que los derechos económicos, sociales y culturales son normas programáticas y no tienen cabida en un tribunal, hasta las que estiman que la solución a todos los conflictos sociales debe quedar en manos de los jueces. Incluso, se han propuesto vías alternativas para su justiciabilidad, como sucede con las visiones dialógicas¹.

En la mayoría de los casos, las reticencias para hacer justiciables estos derechos tienen raíces políticas e ideológicas, muchas veces basadas en una malentendida concepción democrática², ya que jurídicamente nada impide que los tribunales conozcan de sus incumplimientos. Afortunadamente, los mitos que durante mucho tiempo acompañaron la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se han venido desvaneciendo.³ Así, la posibilidad de someter a consideración de un tribunal la violación de estos derechos va ganando terreno en la práctica gracias al debate que se ha dado en sede doctrinal. El debate, sin embargo, sigue abierto.

Esta discusión ha tenido lugar también a nivel interamericano, aunque con sus propias especificidades. Como veremos más adelante, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) ha dado respuesta a los reclamos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, la mayoría de las veces lo ha hecho de manera indirecta bajo el ropaje de los derechos civiles y políticos⁴.

¹ *Cfr.*, entre otros, Gargarella, Roberto, “Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales. Algunos argumentos de partida”, en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coords.), *La lucha por los derechos de salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013, pp. 279-294; Alterio, Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: El caso vacantes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 16, julio-diciembre de 2011, pp. 353-377. Sobre un método alternativo véase Pelayo Moller, Carlos María, “El “mínimo vital” como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Methodos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, No. 3, 2012, pp. 31-51.

² Sobre este punto véase Gargarella, Roberto, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, México, núm. 28, 2006, pp. 29-30.

³ *Cfr.*, entre otros, Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007; Acuña, Juan Manuel, *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociales fundamentales*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 61, 2012; Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 74, 2013, p. 13 y ss.; Carbonell, Miguel, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa-CNDH, 2005, p. 782 y ss.

⁴ Lo anterior ha llevado a algunos autores de considerar “la práctica inexistencia de derechos económicos sociales y culturales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y

Las razones para ello son de diversa índole, las que analizaremos y discutiremos en este trabajo, aunque en términos normativos se reducen a la posibilidad y conveniencia o no de exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), así como en determinar qué derechos derivan de la Carta de la Organización de Estados Americanos, conforme al mismo numeral.

Un ejemplo reciente de ese tipo de abordaje es el caso *Suárez Peralta* de mayo de 2013,⁵ en el que la Corte IDH declaró responsable internacionalmente a Ecuador por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, así como al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1, todos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José. En este asunto el Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que dicho caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” de la víctima debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

Por las razones que explicaré más adelante, desde mi perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

En efecto, las obligaciones generales de “respeto” y “garantía” que prevé el mencionado precepto convencional —conjuntamente con la obligación de

la Convención Interamericana de Derechos Humanos”: Santolaya Machetti, Pablo, y Díaz Ricci, Sergio M., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2012, p. 273 y ss.

⁵ Cfr. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, No. 261.

“adecuación” del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre *todos los derechos humanos* reconocidos en el Pacto de San José; esta “interdependencia e indivisibilidad” fue expresamente reconocida con particular intensidad respecto al derecho a la salud en el caso *Suárez Peralta* que sirve para la elaboración de la presente ponencia⁶, lo que implica una serie de consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas que repasaremos más adelante, en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—⁷, como

⁶ Véase el párr. 131 de la Sentencia del Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*, que textualmente señala que: “la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”; lo anterior, siguiendo el precedente del Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101.

⁷ Por ejemplo, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 153, se estableció: “El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar”.

Otro ejemplo es el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 147 y 148, este último señala: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales

lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos⁸ y fuentes internacionales⁹ —incluso nacionales vía el artículo 29.b)¹⁰ de la Convención Americana¹¹—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo

de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.

De igual forma, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No.221, párr. 121, la Corte IDH estableció que: “María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección [...] [por lo que] las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

⁸ Por ejemplo, el artículo 28 de la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párr. 2.

⁹ Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resulta relevante para el derecho a la salud, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: “Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”. Asimismo, también resulta de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012

¹⁰ Convención Americana: “Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

¹¹ La mayoría de las Constituciones nacionales de los países que han suscrito el Pacto de San José regulan de manera explícita, implícita con otros preceptos o a través de la incorporación de tratados internacionales, la protección del derecho a la salud. Asimismo, conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales para otorgar distintos alcances a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra*, párr. 153.

19.6¹² del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como señaló la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía* en 2009, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, particularmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

II. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES A PARTIR DE LA INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

A) *Precedentes y estado del debate*

Como regla general la Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas dimensiones del derecho a la salud con base en su interdependencia e indivisibili-

¹² Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

dad con los derechos civiles y políticos. Así, en algunos casos lo ha hecho en conexión con los derechos a la vida o integridad personal¹³; en otros dentro del concepto de “vida digna”¹⁴; en algunos mas con motivo de la atención médica prestada en centros de reclusión o instituciones similares;¹⁵ incluso, en relación con los derechos sexuales o reproductivos¹⁶.

Por su parte, en muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto¹⁷.

¹³ Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

¹⁴ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹⁵ Cfr. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; *Caso Vera Vera y otra, supra*; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*.

¹⁶ Cfr. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C no. 216; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra*, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

¹⁷ Las referencias al artículo 26 de la Convención Americana y su análisis específico por la Corte IDH se han realizado en muy pocas ocasiones, especialmente en los siguientes casos: *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra*, párrs. 99 a 103; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163. y *Caso “Cinco*

En efecto, en primer término en el caso *Cinco Pensionistas* la Corte IDH desestimó la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, al considerar que “su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaeciente”¹⁸.

Por su parte, en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa* la Corte IDH mencionó el artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, con el fin de evaluar si el Estado Paraguayo “generó condiciones que agudizaron las dificultades a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su propio proyecto de vida, en su vida individual y colectiva”¹⁹.

Unos meses después, en el caso *de las Niñas Yean y Bosico* el Tribunal Interamericano determinó que “de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el *deber* de desarrollo progresivo en el artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”²⁰.

Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, el Estado se allanó a su responsabilidad por la violación del artículo 26, pero la Corte sólo involucró dicho artículo en su narrativa sobre la violación del derecho a la vida.

¹⁸ *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148.

¹⁹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163.

²⁰ *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.* Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 185.

Finalmente, en 2009 llegó el *leading case* *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”)²¹ en el que el Tribunal Interamericano además de recordar la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales,²² estableció que tiene competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José²³. Asimismo, señaló que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos²⁴. Al tratarse de un precedente fundamental para el tema que nos ocupa, el próximo apartado está dedicado a su estudio.

B) *La interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos como un elemento esencial para otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. El caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú.*

La posibilidad de que el Tribunal Interamericano se pronuncie sobre los derechos económicos, sociales y culturales deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre estos derechos y los derechos civiles y políticos²⁵. En efecto, en la sentencia del caso *Suárez Peralta*, expresamente se reconoció ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.²⁶

Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el desarrollo evolutivo y justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales. El

²¹ Sobre la importancia de este caso para el tema, véase Burgorgue-Larsen, Laurence, “La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú*”, en la obra de la autora *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013, pp. 293-315.

²² *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

²³ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 17, 97, 99, 100.

²⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100.

²⁵ El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

²⁶ *Cfr.* párr. 131 de la Sentencia.

Tribunal Interamericano parte de un precedente del año 2009 en el que ya había reconocido la “interdependencia” de los derechos humanos. En efecto, en aquella ocasión la Corte IDH expresó:²⁷

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Además de establecer “la interdependencia” en dicho caso entre los derechos humanos, el Tribunal Interamericano hizo suyo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre extensiones interpretativas hacia la tutela de los derechos sociales y económicos. En esa misma ocasión, expresó²⁸:

Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso Airey señaló que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.²⁹

Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de

²⁷ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

²⁸ *Idem*. En el mismo sentido, véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10, y TEDH. *Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*. Nos. 55480/00 y 59330/0. Sección segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47.

²⁹ TEDH. *Airey Vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

un derecho (seguridad social) no reconocido (aparentemente) como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador³⁰. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado³¹:

[...] el Estado alegó que el derecho a la seguridad social queda fuera del alcance de la competencia de la Corte en razón de la materia, ya que éste no está contemplado en la Convención Americana ni es uno de los dos derechos (derechos sindicales y derecho a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo³², al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*”³³. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”³⁴.

³⁰ Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

³¹ *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 12.

³² Sobre el particular, véanse las críticas de Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System. Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2, 2013, pp. 156-183, en p. 167.

³³ *Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

³⁴ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6³⁵ del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional³⁶. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25³⁷.

La competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en términos del contenido normativo del artículo 26 del Pacto de San José, se advierte también con las consideraciones expresadas en el voto concurrente del antiguo presidente del Tribunal Interamericano Sergio García Ramírez, en el *Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú* de 2009, que de alguna manera explica lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional³⁸.

Así, en su voto concurrente el ex juez interamericano reconoce que “ha sido muy limitada” hasta ese momento el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales, y que el Tribunal Interamericano en ese caso “ha avanzado” en la temática de esos derechos al “reafirmar su competencia —que debe quedar bien establecida— para pronunciarse en torno

³⁵ Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 12.

³⁶ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, Punto Resolutivo 3.

³⁷ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100. No debe pasar inadvertido que en este asunto, la Comisión en su Informe de Fondo no estimó violado el contenido del artículo 26, como sí lo hicieron los representantes de las víctimas al solicitar expresamente que “el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma”, párr. 4 de la misma Sentencia del *Caso Acevedo Buendía*. Sobre la importancia de este caso en el Sistema Interamericano véase Burgorgue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: “Economic and social rights”, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639.

³⁸ Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) del 1 de julio de 2009, párrs. 15 a 21.

a posibles incumplimientos del artículo 26” de la Convención Americana. Por ello el Tribunal Interamericano “entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26”.

En este sentido, el Tribunal Interamericano en el caso *Acevedo Buendía* expresamente hizo referencia a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 del Pacto de San José.³⁹ Sin embargo, considero de importancia que junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter “indivisible” de los derechos humanos, como expresamente lo establece en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* al considerar ambos conceptos: “interdependencia e indivisibilidad”.⁴⁰

De acuerdo con la interdependencia —dependencia recíproca—, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “interdependencia e indivisibilidad” de los derechos humanos.⁴¹

En ese sentido, considero que la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de derechos humanos⁴². Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. En efecto, la aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos⁴³.

³⁹ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 101.

⁴⁰ Párr. 131 de la Sentencia.

⁴¹ Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramon Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay*, *supra*, y el voto del Juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁴² Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

⁴³ Cfr. Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y art. 6;

En el caso *Suárez Peralta*, el Tribunal Interamericano tuvo una oportunidad para desarrollar en su jurisprudencia los alcances que tienen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al resultar herramientas muy útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el “derecho a la salud”, y otorgar su plena realización y efectividad.

Desde mi perspectiva, estos alcances implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva y sistemática del *corpus juris* interamericano, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

III. CRÓNICA DE UN DEBATE ABIERTO: EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA APARENTE TENSIÓN CON EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Además de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos —expresamente reconocida en la Sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador* y cuyas implicaciones quedaron de manifiesto en el epígrafe anterior—, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e

Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

interpretación”⁴⁴ de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”⁴⁵ del Pacto de San José.

Al pensar sobre la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesaria una reevaluación interpretativa del artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.⁴⁶ Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a ciertos derechos.

A) Planteamiento

Para empezar, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarette May Macaulay —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente hace unos meses, en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*,⁴⁷ dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”.⁴⁸ Asimismo, indicó que:⁴⁹

⁴⁴ Cfr. artículo 1° del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

⁴⁵ Cfr. artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 16, 17 y 100.

⁴⁷ *Caso Furlan y Familiares*, *supra*.

⁴⁸ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 8.

⁴⁹ *Idem*.

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena fe requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁵⁰

La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del artículo 26 en los siguientes términos⁵¹:

[...] lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

De hecho, ha sido la propia Corte IDH la que partiendo de una interpretación literal del artículo 26 la que ha reafirmado su competencia establecida para proteger *todos los derechos* establecidos en el Pacto de San José,

⁵⁰ Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de San Salvador. Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

⁵¹ Voto concurrente de la jueza Margarete May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 9.

lo que incluye los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”), además de que son aplicables las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Como se estableció con antelación, la Corte IDH así lo reconoció de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*⁵².

Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos⁵³, constituye un precedente fundamental para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales —avanzando respecto del precedente del caso *Cinco Pensionistas Vs. Perú* de 2005—. ⁵⁴ Ahora bien, dado que en dicho caso la Corte IDH no se pronunció sobre estos alcances interpretativos en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que hubiera sido una ocasión importante aludir a ello en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, puesto que —expresamente para darle contenido al derecho a la salud— se utiliza el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA, la Declaración Americana e incluso se invoca el artículo 26 de la Convención Americana.⁵⁵

B) *El debate sobre la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana y su interpretación sistemática con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador*

Sobre la justiciabilidad del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. A continuación haré una breve referencia del debate contemporáneo, para posteriormente visualizar otra posible vía interpretativa de dicho precepto para la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, algunos académicos y operadores del Sistema Interamericano se han detenido a debatir si de acuerdo con las actas de la Con-

⁵² *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 17 y 100.

⁵³ Con votos razonados del juez Sergio García Ramírez y del juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García Toma.

⁵⁴ Sobre las críticas a esta sentencia, véase, por ejemplo, Courtis, Christian, “Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004. Asimismo, de este mismo autor, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 203-230.

⁵⁵ Asimismo, véanse el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia del *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

ferencia Especializada Interamericana y el Preámbulo de la Convención es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su aprobación respecto al reconocimiento de los DESC en la Convención Americana. En sentido afirmativo, se pronuncia, por ejemplo, Parra⁵⁶. Asimismo, para este autor el Protocolo de San Salvador “es el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESC y corresponde entender que complementa y no disminuye la protección en derechos sociales establecida por la Convención Americana en su artículo 26”.⁵⁷

En la misma línea, Urquilla señala que “ninguna norma dentro del Proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos excluía el trámite de los procedimientos contenciosos en lo atinente a los derechos económicos, sociales y culturales; en todo caso, la importancia de estos hacía que, adicionalmente a este método, hubiera otros como el sistema de informes periódicos”.⁵⁸ Así, “la competencia *ratione materiae* de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde su momento fundacional fue omnicompreensiva, es decir, tanto respecto de derechos económicos, sociales y culturales, como de derechos civiles y políticos”;⁵⁹ siendo que los derechos económicos, sociales y culturales tienen un plus de protección por vías no contenciosas⁶⁰. Asimismo, señala que de acuerdo con el principio de buena fe, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que incorpora ciertos derechos al régimen de protección de la Convención Americana, debe entenderse como un punto de partida —y no como punto de llegada—. La incorporación de los otros derechos es responsabilidad de la Comisión y de la Corte IDH.⁶¹

Otro interesante debate se ha dado entre Cavallaro y Schaffer con Meshish. Para los primeros, la Comisión y la Corte IDH no deben verse como las promotoras de una jurisprudencia visionaria, sino que deben promover el respeto de los derechos humanos primordialmente como cuerpos judiciales y de consulta cuyas decisiones y recomendaciones permiten a aquellos que defienden los derechos económicos, sociales y culturales promover cambios

⁵⁶ Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 15.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁸ Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009, p. 121.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 171.

de la política pública.⁶² Su interés primordial, nos dicen, es la implementación de las decisiones en la práctica.⁶³ Así, la visión que tienen del litigio internacional para proteger los derechos económicos, sociales y culturales es la de una herramienta valiosa pero que debe formar parte de una estrategia integral, pues por si solo no es suficiente para realizar cambios sociales a gran escala⁶⁴. La importancia del litigio es, para estos autores, el reproche o la condena internacional, lo que puede servir para empoderar a los movimientos sociales, con los cuales los litigantes deben trabajar conjuntamente.⁶⁵

Por su parte, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana consideran que no establece —intencionalmente— derechos específicos o deberes concretos⁶⁶, e infieren del artículo 19.6 de la Convención Americana que la violación de derechos distintos a los protegidos por los artículos 8, párrafo a) y 13 no da lugar a una petición ante el Sistema Interamericano.⁶⁷ Por ello, promueven que el reclamo de los derechos económicos, sociales y culturales se haga a través de la interpretación expansiva de derechos bien establecidos, lo que se traduce en realizar su análisis en el contexto general del principio de no discriminación, o considerándolos como componentes integrales de los derechos civiles y políticos⁶⁸. Hacerlo por vía del artículo 26 de la Convención Americana puede estar destinado al fracaso y es probable que provoque reacciones extremas de los miembros de la OEA⁶⁹. Más aún, consideran que el litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debe estar bien fundamentado en precedentes y doctrina, eliminando la posibilidad de que los estados impugnen su legitimidad⁷⁰.

Por el contrario, Melish considera que el litigio enfocado, bien diseñado y de alta calidad lleva a mejores resultados, tanto jurisprudenciales como

⁶² Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, “Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, en *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, p. 221.

⁶³ *Ibidem*, p. 235.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 238. También véase el posterior trabajo de Cavallaro, James L. en coautoría con Brewer, Stephanie Erin “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85-99.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 225, 268.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 227, 268, 269. En el mismo sentido Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System. Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 158, 159.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 254 y ss.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 270.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 281.

en la vida real. Para esta autora, Cavallaro y Schaffer no logran apreciar la importancia de la justiciabilidad, además de no distinguir entre reclamos que son aptos para un juicio y los que son para mecanismos políticos. Desde su punto de vista, las mismas obligaciones legales aplican para todos los derechos humanos, pero sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones pueden ser tratadas en un juicio, con independencia del tipo de derecho de que se trate⁷¹. Para ella, el tipo de aproximación que los abogados utilicen sea “indirecta”, “por integración”, “directa”, “violaciones complejas” no debe estar basada en una caracterización superficial o predeterminada del reclamo, sino en la naturaleza del problema o valor que quieren reivindicar.⁷²

En opinión de Melish, el error fundamental de Cavallaro y Schaffer es la tesis de que los derechos económicos, sociales y culturales, como derechos autónomos, no son justiciables en el Sistema Interamericano,⁷³ lo que desde su visión es incorrecto. Para la autora, si bien el artículo 26 se colocó en un capítulo separado, el capítulo III, no se removió de la sección que enumera los derechos protegidos. Así, los redactores de la Convención demostraron su intención de que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos de segunda clase, sino que deben aplicárseles las mismas obligaciones y estar sujetas al procedimiento de peticiones individuales⁷⁴. Desde su perspectiva, la restricción que establece el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no es un buen argumento para limitar la competencia por razón de materia que tiene la Corte IDH de acuerdo con la Convención Americana, pues no comparte la idea de que esa restricción pueda ser prueba de la intención que tuvieron los redactores de la Convención Americana para excluir al artículo 26 del régimen jurisdiccional⁷⁵. Este Protocolo, en su opinión, más bien puede servir para interpretar el alcance normativo de los derechos previstos presentes en la Convención Americana⁷⁶. Su propuesta

⁷¹ Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 3, 4. Disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955920

⁷² *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁷³ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 9 y 13. En el mismo sentido, su trabajo “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 176, 177.

⁷⁵ Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁷⁶ Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *op. cit.*, p. 178.

es que los reclamos justiciables son aquellos que hayan causado un daño individual y haya una relación de causalidad entre el daño y la conducta del Estado. Además, precisa que las dimensiones de las obligaciones que imponen los derechos humanos que son justiciables son aquellas orientadas hacia un individuo y no a la colectividad y están basadas en conductas y no en los resultados.⁷⁷

En su opinión, la propuesta de Cavallaro y Schaffer para justiciabilizar los derechos económicos, sociales y culturales como elementos de los derechos civiles y políticos, distorsiona los problemas principales que están en juego en una controversia concreta, desviando la crítica, los medios y la atención legal de las soluciones de las violaciones de los derechos sociales hacia remedios limitados para enfrentar problemas civiles y políticos. Así, se oscurecen dimensiones esenciales de los derechos tradicionalmente pensados como económicos, sociales y culturales, conduce a un debilitamiento de las normas, y se pierde de vista la especificidad de aquellos de los cuales estamos hablando.⁷⁸ Además, refuerza, en su opinión, que las violaciones de este tipo de derechos son cuestiones políticas.⁷⁹ Asimismo, señala, que la interpretación expansiva de los derechos civiles y políticos hace impredecible sus consecuencias para los Estados, llegando sus decisiones a parecer arbitrarias, visionarias y sin base legal.⁸⁰

Por otro lado, también señala que el argumento de Cavallaro y Schaffer sobre la legitimidad de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, desconoce que a nivel nacional dichos derechos se protegen en las constituciones, en la legislación y en la jurisprudencia, además de que los Estados americanos no han reaccionado negativamente frente a los señalamientos de la Comisión en esta materia.⁸¹ Y precisa que la legitimidad de la Corte IDH más bien depende de que se enfoque en los reclamos que son justiciables, conforme a lo que se dijo anteriormente.⁸² Finalmente, añade que Cavallaro y Schaffer tienen razón en que el litigio debe ir acompañado de los movimientos sociales, el

⁷⁷ Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 11, 12. En el mismo sentido, Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *op. cit.*, p. 219.

⁷⁸ Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁷⁹ Melish, Tara J., “Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 16-17.

⁸² *Ibidem*, pp. 18-19.

seguimiento local, medios de comunicación, y campañas nacionales e internacionales de presión.⁸³

Ante las críticas de Melish, Cavallaro y Schaffer respondieron diciendo que en su primera publicación no pusieron en cuestión la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ni que la Declaración Americana pudiera ser utilizada para tal efecto, sino que la vía del artículo 26 es muy débil y podría conllevar reacciones negativas de los Estados,⁸⁴ con independencia de que a nivel nacional la justiciabilidad directa esté permitida.⁸⁵ Reiteraron que los litigantes deben escuchar y trabajar con los movimientos sociales,⁸⁶ los que deben guiar a los litigantes y no a la inversa.⁸⁷ Consideraron también que su posición, a diferencia de la de Melish, está basada no en una teoría sino en los instrumentos y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, así como en los límites institucionales y de recursos de la Corte IDH.⁸⁸ Según su perspectiva, el sistema debe servir para elevar el perfil de determinadas agendas, así como para magnificar ciertos casos, sin importar si se hace como un derecho civil o político o como derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁹ Lo importante es cuáles son las cuestiones abordadas y cuáles son los otros esfuerzos incluidos en la estrategia global, buscando siempre la efectividad, por lo que si es a través de los derechos civiles y políticos esa es la vía que debe adoptarse.⁹⁰ Argumentaron también que los redactores de la Convención Americana consideraban que los derechos económicos, sociales y culturales no eran justiciables vía el artículo 26, y la restricción impuesta por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador así lo ratifica.⁹¹ Para ellos, la promoción de la justiciabilidad directa vía el artículo 26 atiende más al deseo de promover un desarrollo jurisprudencial en abstracto, que a lograr resultados concretos para la justicia social.⁹²

Por su parte, en su contra réplica Melish considera que la réplica de Cavallaro y Schaffer plantea una falsa dicotomía entre aquellos que favorecen

⁸³ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁴ Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, "Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 347, 348, 352, 354, 365 y 366.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 367.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 353.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 369.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 355-357.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 370- 371.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 371.

⁹¹ *Ibidem*, p. 363.

⁹² *Ibidem*, p. 368.

el desarrollo jurisprudencial y los que buscan la justicia social⁹³. Además, dice la autora, no se trata de si los abogados deben escuchar a los movimientos sociales, pues todos comparten esa preferencia. Más bien, señala, se trata de debatir cuál es papel y la responsabilidad del abogado supranacional al aconsejar a las víctimas sobre todas las posibilidades que tienen abiertas, así como los límites del sistema para lograr avanzar en la agenda de la justicia social.⁹⁴ Así, considera que el papel de los abogados no es limitar *a priori* las posibilidad para litigar, sino en explicar, en términos normativamente neutrales y técnicamente precisos, las herramientas a su alcance, permitiéndoles escoger con base en su propias necesidades el curso que consideren más indicado.⁹⁵

Además, contrapone la posición de Cavallaro y Schaffer a la suya. La primera, se caracteriza por darle prioridad a los derechos civiles y políticos en las iniciativas de litigio, adelantando la idea de que si bien todos los derechos tienen aspectos positivos y negativos, los civiles y políticos son inmediatos mientras que los económicos, sociales y culturales son progresivos. Por otro lado, su posición no le da prioridad a un tipo de derechos para presentar sus casos, pues esta es una decisión de las víctimas y las comunidades que deben tomar en cada caso. De igual manera, insiste en que todos los derechos humanos comparten el mismo espectro de obligaciones, aunque sólo ciertas dimensiones de esas obligaciones compartidas son justiciables en el proceso supranacional de peticiones individuales.⁹⁶ En pocas palabras, la primera es una posición que se fundamenta en el tipo de normas, mientras que la segunda se basa en el tipo de reclamo.

Asimismo, considera que la recomendación de Cavallaro y Schaffer para utilizar los derechos civiles y políticos como el curso más seguro está basada en un peligro hipotético que no se ha confirmado en la práctica de los Estados, sino al contrario⁹⁷. Reitera que el artículo 26 cae dentro de la jurisdicción de la Corte IDH y estima que si se hubiera querido restringir en 1988, así se hubiera hecho a través del procedimiento de enmienda de la Convención, y que el artículo 4 del Protocolo de San Salvador salva los plenos efectos del artículo 26 de la Convención Americana⁹⁸. Añade que la

⁹³ Melish, Tara J., "Counter-Rejoinder, Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, p. 388.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 389.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 390, 405 y 407.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 390-393.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 396-397.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 399.

justiciabilidad a través de los derechos civiles y políticos tiene consecuencias en el enfoque del debate y el tipo de remedios que se dan. Una de estas consecuencias tiene que ver con el aspecto retórico, es decir, con las implicaciones que tiene para el discurso político que se puede utilizar para legitimar y empujar las demandas ciudadanas⁹⁹. También nos dice que bajo la lógica del argumento de Cavallaro y Schaffer, cualquier tipo de litigio relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales debería ser rechazado por los Estados, incluyendo la estrategia de interpretar ampliamente los derechos civiles y políticos.¹⁰⁰

En este debate ha terciado recientemente Ruiz-Chiriboga, quien también se opone a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, pues en su opinión de conformidad con el artículo 2.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el texto de un tratado se conforma por todos los instrumentos que pueden considerarse relacionados. En el caso del Sistema Interamericano, nos dice, los derechos económicos, sociales y culturales están comprendidos no sólo en la Convención Americana sino también en el Protocolo de San Salvador, por lo que deben leerse de manera conjunta.¹⁰¹

En este sentido, señala que conforme a los artículos 31 y 77.1 de la Convención Americana los protocolos sirven para incluir libertades y derechos, por lo que los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador no estaban reconocidos por la Convención Americana, pues si hubieran querido modificar derechos que ya estaban previstos hubieran reformado la Convención¹⁰². Así, lo que hace el Protocolo de San Salvador es 1) incluir derechos que no se pueden inferir de la Carta de la OEA, sea porque sólo pueden inferirse por el nombre pero no por su contenido, o no pueden ser inferidos de ninguna manera, y 2) dar un contenido más amplio a los derechos que pueden ser inferidos de la Carta.¹⁰³ Desde esta perspectiva, no todos los derechos protegidos por el Protocolo de San Salvador están protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.¹⁰⁴ Y sólo los derechos

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 40-402.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 400.

¹⁰¹ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 31/2, 2013, pp. 161-62.

¹⁰² *Ibidem*, p. 164. En una posición contraria véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, *op. cit.*, p. 159.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 171.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 172.

protegidos por el Protocolo son los protegidos por el 26 de la Convención Americana.¹⁰⁵

Además, agrega que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador es muy claro y no necesita de mayor interpretación para concluir que con excepción de los derechos previstos en los artículos 8.a y 13, todos los demás no son justiciables en el Sistema Interamericano¹⁰⁶. Incluso, argumenta que si bien el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, éste no se refiere a la jurisdicción de la Corte, lo que sí hace el 19.6 que es *lex specialis* en la materia¹⁰⁷. Sin que pueda utilizarse, en su opinión, el principio *pro homine* para extender la jurisdicción de la Corte cuando el sentido literal no lo hace.¹⁰⁸ Para Ruiz-Chiriboga, el medio para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales es el previsto en el artículo 42 de la Convención Americana.¹⁰⁹

En mi opinión ningún precepto del Protocolo de San Salvador hace referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación¹¹⁰. Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.¹¹¹

Desde mi perspectiva, la posición que tomemos al respecto debe partir de aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 173.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 164.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 166.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 172-179.

¹¹⁰ Convención Americana: "Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención".

¹¹¹ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra*, párr. 100.

Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

Por el contrario, como se ha señalado, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana¹¹². Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.¹¹³

En ese sentido, considero que esta —aparente— contradicción entre el artículo 26 de la Convención Americana y el 19.6 del Protocolo de San Salvador, debe resolverse en el sentido de que el artículo 19.6 del Protocolo es, efectivamente, un punto de partida que no quiso limitar la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta aproximación puede realizarse a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes atendiendo la efectividad plena de los derechos.

En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades¹¹⁴ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹⁵. Al efectuar una inter-

¹¹² Protocolo de San Salvador: “Artículo 4. *No Admisión de Restricciones*. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹¹³ Cfr. *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra*, párr. 188.

¹¹⁴ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

¹¹⁵ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y *Caso Atala Ríffo y Niñas*, *supra*, párr. 83.

pretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional¹¹⁶ o jurisprudencia de tribunales internos¹¹⁷ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación de todos los derechos económicos, sociales y culturales —como, por ejemplo, el derecho a la salud— en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para definir los alcances de la protección del derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana no sería extraña en la jurisprudencia de la Corte IDH, como tampoco lo es la utilización de otras fuentes internacionales o los Indicadores de Progreso de la OEA para medición de derechos contemplados en el mismo Protocolo, para precisar diferentes obligaciones del Estado en la materia. En efecto, este ejercicio lo hizo la Corte IDH en el *Caso Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, en el que expresamente manifestó que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 del Pacto de San José, tomaría en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, en tanto dichos instrumentos interna-

¹¹⁶ En el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.

¹¹⁷ En *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra*, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Ríffo y Niñas, supra*, y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

cionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños.¹¹⁸

De igual forma, en el *Caso de la Comunidad Yákye Axa Vs. Paraguay*, al analizar si el Estado generó las condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas, la Corte optó por interpretar el artículo 4 de la Convención Americana a la luz del *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas. Entre otros, mencionó los artículos 26 del mismo Pacto de San José, así como los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14¹¹⁹.

Otro ejemplo lo constituye el *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, en el que la Corte IDH inclusive profundizó en el análisis para determinar que la asistencia estatal brindada por el Estado en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Para su determinación, el Tribunal Interamericano evaluó dicha prestación en apartados específicos a cada rubro, a la luz de los principales estándares internacionales en la materia y las medidas adoptadas por el Estado, utilizando las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹²⁰.

¹¹⁸ *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, *supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra*, párr. 185. A mi entender la figura del *corpus iuris* lleva implícita la interdependencia e indivisibilidad de los derechos que lo conforman. Sobre los indicadores, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

¹¹⁹ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yákye Axa*, *supra*, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216.

¹²⁰ *Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216, párrs. 194 a 217. Citando lo siguiente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002); CDESC, Observación General No. 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párrs. 6 a 8; CDESC, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50; CDESC, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1; Paul Hunt.

Asimismo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte interpretó el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Por lo que la falta de consulta en el caso específico generó la violación “del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado”.¹²¹

En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el *derecho a la vida cultural de los niños indígenas*, para lo cual interpretó el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y observaciones de su Comité, que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y determinó que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma.¹²²

En el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. Lo anterior se fundamentó en el reconocimiento expreso existente en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 4.3 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante “Protocolo II”) y la Convención sobre los Derechos del Niño.¹²³

Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010.

¹²¹ *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra*, párr. 232.

¹²² *Cfr. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

¹²³ *Cfr. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 188, 190 y 191.

En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte desarrolló el denominado derecho a la identidad (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De esta forma, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos por los artículos 3, 17, 18, 19 y 20 de la Convención fueron interpretadas de acuerdo con el *corpus juris* del derecho de la niñez, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.¹²⁴

Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte IDH complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977.¹²⁵

Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje,¹²⁶ para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 del Pacto de San José.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados¹²⁷, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador.

¹²⁴ Cfr. *Caso Gelman*, *supra*, párrs. 121 y 122.

¹²⁵ Cfr. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179.

¹²⁶ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270 – 272.

¹²⁷ Por ejemplo, podría también utilizarse los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances de los derechos económicos, sociales y culturales que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

IV. VÍAS INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta línea argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la sentencia dictada en el caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos¹²⁸. Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”¹²⁹.

Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26,¹³⁰ en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de

¹²⁸ Sobre este aspecto, véase Melish, Tara J. “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19.

¹²⁹ Parra Vera, Oscar, *op. cit.*, p. 60.

¹³⁰ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 92-106, particularmente párrs. 99-103.

obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. Evidentemente no se pretende resolver estas cuestiones ni siquiera mínimamente en este trabajo. Simplemente es mi deseo sentar algunas bases que pudieran servir a manera de reflexión para futuros desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Interamericano.

En relación con los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana existen distintas posturas. En primer término, están aquellas, como la de Ruiz-Chiriboga, que sostienen que un derecho no se puede inferir de la Carta de la OEA sólo por el nombre, sino que es necesario que ésta le dote de un mínimo de contenido. Este mínimo puede entonces ser precisado con otros instrumentos internacionales. Sin embargo, definir el contenido y alcance total de un derecho a través de otros instrumentos constituiría una modificación de la Convención Americana.¹³¹ Asimismo, señala que la Declaración Americana sólo puede ser utilizada para interpretar derechos una vez que se ha desprendido un derecho de la Carta de la OEA, sin que se pueda apelar directamente a la Declaración.¹³² Por su parte, tratándose del Protocolo de San Salvador distinguen entre aquellos Estados que no lo han ratificado de los que sí lo han hecho. En relación con los primeros, el Protocolo no puede utilizarse, en tanto no es vinculante para ellos. Los derechos sólo pueden ser inferidos de la Carta de la OEA por su nombre y porque prevé un contenido mínimo, pero las inferencias no pueden ir más allá de los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador.¹³³ En relación con los segundos, el Protocolo es el que establece qué derechos están protegidos y en qué medida, es decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 19.6.¹³⁴

Para otros, los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana son los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y culturas contenidas en la Carta de la OEA, sin que sea posible remitirse a la Declaración Americana.¹³⁵ Una vez determinado que un derecho se encuentra implícito en la Carta y, por tanto, comprendido en el artículo 26, puede entonces interpretarse con ayuda de la Declaración Americana u otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado

¹³¹ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", pp. 168-169.

¹³² *Ibidem*, p. 169.

¹³³ *Ibidem*, p. 170, 174.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Abramovich, Víctor, y Rossi, Julieta y, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Estudios Socios Jurídicos*, Bogotá, núm especial 9, abril de 2007, pp. 46-47.

respectivo.¹³⁶ Por otro lado, sostienen también que aunado al principio *pro persona*, para saber qué derechos se desprenden de los objetivos establecidos en la Carta de la OEA, hay que acudir a otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana, textos constitucionales y al trabajo desarrollado por órganos internacionales de supervisión.¹³⁷

Sobre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45:

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

[...]

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

La segunda cuestión que apuntamos es el tipo de obligaciones que tienen los Estados conforme al artículo 26 de la propia Convención. De acuerdo con dicho numeral, los Estados se comprometen a “adoptar providencias” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales “en la medida de los recursos disponibles”. Aquí la cuestión es dilucidar en qué consisten esas providencias.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹³⁷ Con ciertas variantes, véanse Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *op. cit. supra* nota 79; y Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en *Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 173-219; de esta misma autora, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *op. cit.*

Nuevamente recurrimos al precedente del *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, en el que fue abordada la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 del Pacto de San José, y en el que se trató del incumplimiento de pago de nivelaciones pensionales, lo que según la Corte IDH —en su anterior integración—, vulneró los derechos a la protección judicial y a la propiedad previstos en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana, no así del artículo 26, pues para el Tribunal Interamericano este precepto requiere de providencias económicas y técnicas en la medida de los recursos disponibles, lo que no era el caso. Así, consideró que es una obligación de naturaleza diferente y, por tanto, estimó que no se vulneró dicho dispositivo convencional.¹³⁸ Sin embargo, la Corte IDH fue clara al establecer que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”,¹³⁹ lo que dejó abierta la posibilidad en el futuro de mayores desarrollos jurisprudenciales.

Asimismo, no debe pasar inadvertido que la Corte IDH ha señalado que además de regular el desarrollo progresivo de los derechos sociales, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana, una interpretación sistemática de la misma incluye aplicar a los derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones de respeto y garantía,¹⁴⁰ derivadas de los artículos 1.1. y 2 del Pacto de San José.

V. LOS ARTÍCULOS 26 Y 29 DEL PACTO DE SAN JOSÉ A LUZ DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

En este apartado me interesa dejar brevemente algunos lineamientos sobre otra vía interpretativa para desentrañar los derechos que se derivan de la Carta de la OEA, aspecto toral que considero se debe enfrentar una

¹³⁸ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, Serie C No. 198, párrs. 105 y 106.

¹³⁹ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 103. Sobre la regresividad véase Uprimny, Rodrigo, y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IV: “Derechos fundamentales y tutela constitucional”, pp. 361-438.

¹⁴⁰ *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100: “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2”.

vez que aceptamos la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana. Esta posible vía sería la de considerar la vinculación de los artículos 26 y 29 del Pacto de San José en relación con el principio *pro persona*.¹⁴¹ En efecto, atendiendo a las normas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (como lo es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) que prevé, al igual que la Declaración Americana, derechos sociales sin distinción de los derechos civiles y políticos.

Estas normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención Americana también deben ser motivo de interpretación. Si leemos estos criterios conforme al principio *pro persona*, la interpretación del artículo 26 no sólo no debe limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en las leyes de los Estados parte, entre las cuales se encuentra la constitución nacional de los Estados, o los derechos previstos en otras convenciones, sino que esas leyes y convenciones deben utilizarse para asegurar *el mayor nivel de protección*. Así, para saber qué derechos derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (en términos de lo dispuesto en el Artículo 26 de la Convención Americana), además de atender a su texto, podría acudir a las leyes nacionales y a otros instrumentos internacionales, incluida la Declaración Americana.¹⁴²

En otras palabras, una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la

¹⁴¹ En términos similares véase Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., pp. 196 y 197.

¹⁴² Cfr. OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

Declaración Americana,¹⁴³ se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo.

La propia Corte IDH ha utilizado en algunas ocasiones, para darle mayor contenido y contexto a los derechos civiles, las leyes fundamentales nacionales y diversos instrumentos internacionales mediante la interpretación del artículo 29.b) de la Convención Americana. Así, por ejemplo, se utilizó el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (derechos fundamentales de los niños), conjuntamente con diversos instrumentos internacionales y la Convención Americana, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*.¹⁴⁴

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴⁵, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar¹⁴⁶. Aunado a lo anterior, en aplicación

¹⁴³ Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado en el sentido de: “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”; y la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

¹⁴⁴ *Caso de la “Masacre de Mapiripán”*, *supra*, párr. 153; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra*, párr. 148. Véanse también *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra*, párr. 185. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, párr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra*, párr. 232. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82. *Caso Gelman*, *supra*, párrs. 121 y 122. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270 – 272.

¹⁴⁵ Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

¹⁴⁶ *Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor”*, *supra*, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; *Caso de “los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)”*, *supra*, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02*, párr. 24.

del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia.¹⁴⁷

Como lo hemos señalado en otra ocasión, el *principio pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana.¹⁴⁸

En todo caso, sea cual sea la vía interpretativa que le demos al artículo 26 de la Convención Americana, existen, como se ha visto, diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, que eventualmente la Corte IDH podría realizar en futuras ocasiones. Partiendo del supuesto, se insiste, en que el Tribunal Interamericano ya dio el paso de la aceptación de la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José, en el importante precedente del *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.

VI. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA CONFORME LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y LAS PRÁCTICAS DE LAS ALTAS JURISDICCIONES NACIONALES

Para profundizar en la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la prác-

¹⁴⁷ *Cfr.* artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

¹⁴⁸ Véase nuestro voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 38.

tica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con este derecho social para impulsar su protección judicial directa.

Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional además de los instrumentos y fuentes internacionales. En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).

Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho a la salud, se encuentran: Argentina (art. 42), Bolivia (art. 35), Brasil (art. 196), Colombia (art. 49), Costa Rica (art. 46), Chile (art. 19, inciso 9), Ecuador (art. 32), El Salvador (art. 65), Guatemala (arts. 93 y 94), Haití (art. 19), Honduras (art. 145), México (art. 4o.), Nicaragua (art. 59), Panamá (art. 109), Paraguay (art. 68), Perú (art. 70.), República Dominicana (art. 61), Suriname (art. 36), Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

Estas normas han sido dotadas de efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso a través de tutela “directa” y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.

Al respecto, resulta relevante la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia. El argumento “por conexidad” se utilizó en gran medida para delimitar el contenido del derecho susceptible de protección judicial por vía de la acción de tutela.¹⁴⁹ En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo:¹⁵⁰

...Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales *los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable*. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela

¹⁴⁹ La acción de tutela colombiana corresponde al recurso, acción o juicio de amparo en la mayoría de los países latinoamericanos. En Chile se le denomina “recurso de protección” y en Brasil “mandado de segurança”.

¹⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2007 (Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto), párr. 12.

en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudir al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.

Por otra parte, es importante resaltar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestaciones. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales sólo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un “error categorial”, tal como lo señaló la propia Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008¹⁵¹. La Corte colombiana también ha precisado diversos alcances de la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes.

En la referida sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos —por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico—” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la

¹⁵¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.5.

obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida)”¹⁵²

Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, la Corte colombiana reiteró el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.¹⁵³

Varios ejemplos en el derecho comparado ilustran sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud. Por ejemplo, en el *Caso Viceconte*, decidido por una Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina,¹⁵⁴ se solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno.

¹⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.6.

¹⁵³ Al respecto, siguiendo dicho fallo emitido en 2002, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos: (a) la existencia de una política pública, (b) que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “*sólo está escrito*” y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”; y (c) que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁵⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, Sala IV, caso *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16. 986*. Causa n° 31. 777/96, sentencia de 2 de Junio de 1998. Un análisis de este caso puede verse en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 146-154.

Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la reciente Sentencia 3691 de marzo de 2013,¹⁵⁵ enfrentó graves barreras en el acceso a la salud debido a las “listas de espera” que retrasaban la atención médica de muchos costarricenses. La Sala Constitucional ordenó que se procediera de manera paulatina pero seria, para erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Solicitó la realización de estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia. Para la Sala Constitucional, dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda.

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala¹⁵⁶ ha ordenado el servicio médico necesario que puedan requerir las personas con VIH/SIDA, “entendiéndose que tal obligación implica la asistencia médica necesaria (consulta y hospitalización según sea el caso), tratamiento médico (suministrar los medicamentos necesarios que requieran los pacientes referidos, debiéndose verificar su calidad sobre la base de estudios realizados por profesionales expertos en la materia) y los demás servicios tendientes a preservar la salud y la vida de dichas personas, con la celeridad propia que requieran las circunstancias”.

En esta misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha establecido que el derecho a la protección de la salud “comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos bási-

¹⁵⁵ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Sentencia 3691*, Marzo 13, 2013.

¹⁵⁶ Corte Constitucional de Guatemala, *Expediente 1055*, Junio 25, 2008.

cos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos¹⁵⁷. Asimismo, ha reconocido el carácter normativo del derecho a la salud previsto como derecho fundamental.¹⁵⁸

A nivel internacional, una gran cantidad de Estados que no son parte de la OEA o que no han suscrito la Convención Americana también han establecido el derecho a la salud por vía constitucional, legislativa o judicial. Por ejemplo, las constituciones de Sudáfrica (art. 27), Cuba (art. 50), España (art. 43), Filipinas (art. 13) y Puerto Rico (art. 2). Además, la Corte Suprema de Canadá ha establecido que ciertas provisiones constitucionales incluyen el derecho a la salud.¹⁵⁹ Inglaterra, por otro lado, es un ejemplo de un Esta-

¹⁵⁷ Tesis del Tribunal Pleno XIX/2000, cuyo rubro es: “Salud. El derecho a su protección, que como garantía individual consagra el artículo 4º constitucional, comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades y su suministro por las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, pág. 112). Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Ponente: Ministro Mariano Azuela Güitrón, en ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot.

¹⁵⁸ Véase la tesis del Tribunal Pleno XV/2011, cuyo rubro y texto son: “DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA. Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, pág. 31). Amparo en Revisión 315/2010. Jorge Francisco Balderas Woolrich. 28 de marzo de 2011. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero.

¹⁵⁹ *Chaoulli Vs. Quebec (Fiscal General)* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005.

do que ha aprobado legislación progresiva sustentando el derecho a la salud como un bien fundamental para el bienestar social.¹⁶⁰

Por su parte, en el *Caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento*¹⁶¹, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una demanda contra la política pública impulsada para la distribución de Nevirapine, un medicamento antirretroviral utilizado para evitar la transmisión del VIH de madres a hijos al momento del parto. Dicha corte determinó que el Ministerio de Salud no estaba haciendo todo lo que podía razonablemente hacer para impulsar la accesibilidad al medicamento. Se ordenó entonces que se removieran las restricciones para el uso de Nevirapine en las clínicas y hospitales públicos respecto a los casos donde existiera recomendación médica y se ordenó el impulso de un programa global y coordinado para reconocer progresivamente el derecho de las mujeres embarazadas y sus hijos recién nacidos a acceder a servicios médicos para evitar la transmisión materno infantil del VIH.

Al igual que estos ejemplos, es posible encontrar muchos otros casos de protección judicial del derecho a la salud.¹⁶² Algunos de estos asuntos involucran un entendimiento del derecho a la salud en forma autónoma, sin desconocer sus interacciones con el derecho a la vida y a la integridad personal.

VII. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* Y LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL CASO *SUÁREZ PERALTA*

En el caso *Suárez Peralta*, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a: a) las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal, que condujeron a la declaración de prescripción de la causa en el proceso, es decir, debido a violaciones a la tutela judicial efectiva (artículos 8.1 y 25.1, en relación con el 1.1 de la Convención Americana); y b) la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José), debido a la falta de

¹⁶⁰ Cfr. National Health Service Act 2006, y The Health and Social Care Act. 2012 No. 1319 (C. 47) (2012).

¹⁶¹ Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Case CCT 8/02, 5 July 2002.

¹⁶² Para un análisis de casos en Colombia, Costa Rica, Argentina, India, Brasil y Sudáfrica, ver los trabajos reunidos en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013. Asimismo, resulta de interés el análisis de distintas sentencias sobre la materia, en Silva García, Fernando (coord.), *Derecho a la salud*, México, Porrúa, 2011.

fiscalización y supervisión estatal de las clínicas (pública y privada) donde se atendió una de las víctimas. En ambos análisis, especialmente en el segundo, se abordó el derecho a la salud, sin que se llegara a considerar a este derecho como un aspecto esencial en el presente caso y sin atender a su plena justicia-bilidad, a pesar de invocar numerosos instrumentos y fuentes internacionales sobre este derecho social.

En la sentencia se realizó el análisis de diversos aspectos de la protección del derecho a la salud en conexidad con los derechos civiles declarados violados:

A) respecto de la violación de los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, debido a las “falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal” que “demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora Melba Suárez Peralta, de una reparación que podría, además, *beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud*”¹⁶³ (subrayado añadido); y

B) *respecto a la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (Artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana)* de una de las víctimas, por la falta de supervisión y fiscalización “tanto en lo que se refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, “Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas”, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala”, por lo que el Tribunal Interamericano “estima que *ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta*”¹⁶⁴ (subrayado añadido).

Resulta particularmente relevante en la Sentencia el análisis de la afectación del derecho a la salud de Melba del Carmen Suárez Peralta de acuerdo a ciertos precedentes de la Corte IDH vía conexidad de derechos. El estudio del derecho a la salud se vio inmerso, especialmente, en la afectación del derecho a la integridad personal previsto en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1. del propio Pacto de San

¹⁶³ Párr. 123 de la Sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Asimismo, resultó de utilidad la declaración pericial de la doctora Laura Pautassi, relativa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en casos como el presente, donde la indemnización civil estaba sujeta a la conclusión del proceso penal, el deber de investigar en un plazo razonable se incrementa dependiendo de la situación de salud de la persona afectada; véase párr. 102 y nota 135 de la misma sentencia.

¹⁶⁴ Párr. 154 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

José. Así, en la Sentencia se afirmó que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud humana”¹⁶⁵. Seguidamente se señaló que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del art. 5.1 de la Convención”¹⁶⁶. A continuación se precisó que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”¹⁶⁷.

Como lo señalamos en el voto concurrente que emitimos en ese caso, el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana.

El hecho de que no se hubiese reclamado la violación directa de este derecho social por la Comisión Interamericana ni por los representantes de las víctimas, no es obstáculo para analizar si existió violación a la obligación de la garantía del derecho a la salud derivada del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del propio Pacto de San José¹⁶⁸. La ausencia de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad, no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídica pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Caso Suárez Peralta*, *supra*, párr. 130.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ Si bien del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, del Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas y de la Contestación del Estado, existen referencias al derecho a la salud.

¹⁶⁹ *Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 61.

En efecto, la invocación de este principio ha sido una práctica de los tribunales internacionales¹⁷⁰, como en efecto ha representado la práctica de la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo¹⁷¹, para conocer de violaciones de derechos no invocados expresamente por las partes. Así lo ha realizado el Tribunal Interamericano en muchas ocasiones respecto de distintos derechos civiles; por ejemplo, respecto a las obligaciones generales y derechos contenidos en los artículos 1.1 (respeto y garantía)¹⁷², 2 (adoptar disposiciones de derecho interno)¹⁷³, 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica)¹⁷⁴, 4 (derecho a la vida)¹⁷⁵, 5 (integridad personal)¹⁷⁶, 7 (libertad personal)¹⁷⁷, 9 (principio de legalidad)¹⁷⁸, 8 (garantías judiciales)¹⁷⁹, 11 (protección de la honra y de la dignidad)¹⁸⁰ y 22 (circulación y residencia)¹⁸¹, entre otros.

No existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes. Es deber del Tribunal Interamericano aplicar el principio *iura novit curia* —como se evidencia del párrafo anterior que constituye una práctica del Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles— si atendiendo al marco fáctico del caso y de los hechos probados, se advierten implicaciones claras al derecho a la salud, como sucede en el caso *Suárez*

¹⁷⁰ Cfr. CPJI. *Caso de S.S. "Lotus"*. Serie A No. 10. Sentencia de 27 de septiembre de 1927, pág. 31, y TEDH. *Handyside Vs. Reino Unido*. No. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 41. Cfr. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 172.

¹⁷¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra*, párr. 163.

¹⁷² Cfr. *Caso Godínez Cruz, supra*, párr. 172.

¹⁷³ Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina, supra*, párr. 58.

¹⁷⁴ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párrs. 186 y 187.

¹⁷⁵ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tóbagu. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

¹⁷⁶ Cfr. *Caso Vera Vera y otra, supra*, párrs. 100 y 101; y *Caso Ximenes Lopes, supra*, párr. 155.

¹⁷⁷ Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

¹⁷⁸ Cfr. *Caso Vélez Loor, supra*, párr. 184, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 53 y 54.

¹⁷⁹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 137.

¹⁸⁰ Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109.

¹⁸¹ Cfr. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 308.

Peralta, que se origina por la afectación a la salud de una de las víctimas por una mala praxis médica con responsabilidad estatal. Además, del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana se advierte invocado este derecho social,¹⁸² al igual que en el Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas,¹⁸³ y existen también referencias precisas al derecho a la salud en el escrito de contestación del Estado,¹⁸⁴ habiendo las partes tenido plena oportunidad de referirse a los hechos en el presente caso.

En todo caso, las implicaciones al derecho a la salud se evidencian, además, al invocarse y utilizarse múltiples instrumentos y fuentes internacionales en la Sentencia del caso *Suárez Peralta* sobre este derecho social, como son los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Protocolo de San Salvador, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; incluso se invoca la Carta Social de las Américas de junio de 2012 y las Observaciones Generales 3, 9 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la Carta de la OEA y expresamente la derivación del “derecho a la salud” respecto del artículo 26 de la Convención Americana.¹⁸⁵

De ahí que resulta válido que el Tribunal Interamericano, en aplicación del principio *iura novit curia* y atendiendo al marco fáctico del caso, pudiera entrar al análisis autónomo y directo de la garantía del derecho a la salud —y no sólo en conexidad con los derechos civiles que declaró violados—, en el entendido de que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales justiciables que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales del artículo 1.1 del propio Pacto de San José, como quedó analizado con anterioridad.

¹⁸² Informe de Fondo 75/2011, de 20 de julio de 2011, página 22, párr. 83: “[...] cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano —que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados—” (subrayado añadido).

¹⁸³ Asimismo, Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas de 28 de abril de 2012, página 42: “la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros”.

¹⁸⁴ *Cfr.* Escrito de contestación del Estado, pp. 221-226.

¹⁸⁵ Asimismo, véase especialmente el párr. 131 y nota 176 de la sentencia del caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN: HACIA LA GARANTÍA DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el único precepto que contiene su Capítulo III: el artículo 26. A mi entender, este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales y conforme a los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁶, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal.

Como tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección del derecho a la salud, como derecho social, en muchas de las constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a este derecho social fundamental, en algunas ocasiones incluso de manera directa y no sólo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita el diálogo jurisprudencial¹⁸⁷ — que constituye uno de los máximos desafíos de los

¹⁸⁶ Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Conforme al Protocolo Facultativo las comunicaciones las pueden presentar al Comité los Estados parte o las personas o grupos de personas respecto a los Estados parte en el Protocolo. El procedimiento general para las personas y grupos de personas es el siguiente: El Comité examina la comunicación y dicta, en su caso, la admisibilidad. El Comité puede dictar medidas provisionales en cualquier momento antes de pronunciarse sobre el fondo. Se hace del conocimiento del Estado, el que tiene seis meses para presentar por escrito las explicaciones o aclaraciones, e indique las medidas correctivas que haya tomado. El Comité examina la comunicación y emite un dictamen junto con sus recomendaciones. El Estado tiene seis meses para dar una respuesta por escrito e informar sobre las medidas que haya adoptado.

¹⁸⁷ Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 72, 2013; De Vergottinni, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, pról. Javier García Roca, Madrid, Cívitas-Thomson Reuters, 2010; y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo*

tiempos modernos¹⁸⁸— y propicia en el ámbito regional la construcción de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos.¹⁸⁹

En el presente trabajo he tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador,¹⁹⁰ como tampoco lo es menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano.¹⁹¹

La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica,

jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, pról. de Diego Valadés, estudio introductorio de Lucio Pegoraro, Valencia, Tirant lo Blanc, 2013 (en imprenta).

¹⁸⁸ En feliz expresión de la destacada profesora de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sorbona (París I-Panthéon-Sorbonne); *cf.*, especialmente el subtítulo de su libro *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 77, 2013.

¹⁸⁹ *Cf.* von Bogdandy, Armin, Morales Antniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina. Una aproximación conceptual*, México, Porrúa-IMDPC-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, núm. 90, 2013; y *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, pról. de Jorge Carpizo, México, UNAM-IIIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2010, 2 tomos.

¹⁹⁰ Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit.*, p. 160.

¹⁹¹ *Cf.* *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100.

sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *Caso Suárez Peralta*, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud.

Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances.¹⁹² A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa

¹⁹² Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110.

que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales¹⁹³ —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días. Y es mi convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo —por las razones expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales.

Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

¹⁹³ Al respecto, véanse von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IJ- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, pról. de Robert Alexy, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

No es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendo llamar a la reflexión —por ser mi profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009.¹⁹⁴

En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia contenciosa interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

¹⁹⁴ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párrs. 99-103.

REFORMAS CONSTITUCIONALES
Y CULTURA DE LA CONSTITUCIÓN EN MÉXICO.
REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LAS DEFORMACIONES
Y DISFUNCIONES DE UN TEXTO CONSTITUCIONAL
CASI CENTENARIO*

Héctor FIX-FIERRO**

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Diagnóstico mínimo*. III. *Hacia la reordenación, reducción y renovación del texto de la Constitución mexicana de 1917*. IV. *Constitución, cultura e identidad constitucionales*. V. *Reflexiones finales*.

I. PLANTEAMIENTO

El 5 de febrero de 2017, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cumplirá cien años de su promulgación.¹ Aunque ya lo es desde ahora,

* Texto de la comunicación presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de Tucumán, Argentina, los días 17 a 19 de septiembre de 2013, y aceptada para su presentación en la Comisión 1A: “Tres décadas de democracia en Iberoamérica. Reformas constitucionales”, dentro del tema *Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo iberoamericano*.

** Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador nacional.

¹ Esta Constitución fue promulgada como “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857”. En efecto, aunque la Constitución de 1917 se aprobó como una reforma a la Constitución precedente de 1857, cuyo texto (ya de por sí profusamente modificado hasta 1912), tomó como base, no se siguió el procedimiento previsto por ésta para la reforma constitucional. El golpe de Estado de Victoriano Huerta en febrero de 1913 había roto definitivamente el orden constitucional, a lo que siguió un periodo de lucha armada. Venustiano Carranza, jefe de la fracción triunfante, el llamado Ejército Constitucionalista, convocó a un Congreso Constituyente, el cual se reunió en la ciudad de Querétaro entre diciembre de 1916 y enero de 1917, para incorporar en el texto de la Constitución de 1857 las reformas que Carranza consideraba necesarias, entre ellas, el fortalecimiento de la presidencia frente al Congreso. Como bien se sabe, el Congreso Con-

ese aniversario simbólico subrayará su condición de ser una de las constituciones más longevas del planeta, apenas superada en duración por la Constitución Federal de los Estados Unidos (1787) y algunas pocas más, pues la gran mayoría de las constituciones vigentes al momento actual, incluyendo a casi todas las iberoamericanas, son posteriores a la Segunda Guerra Mundial (1945) y al fin de la Guerra Fría (1989).

Aunque conserva los lineamientos esenciales del orden constitucional establecido en 1917, la Constitución mexicana se distingue profundamente del texto constitucional aprobado entonces. Cerca de 600 cambios, entre reformas y adiciones,² han alterado sustancialmente su contenido. Además de plasmar el ideario y los proyectos de los gobernantes en turno, los cambios han contribuido a actualizar y modernizar el texto constitucional, incorporando nuevos derechos y nuevas instituciones, y reequilibrando las relaciones de poder anteriormente sometidas a la hegemonía indiscutida del presidente de la República. En particular, la mayoría de las reformas y adiciones son consecuencia de la llamada “transición democrática”, es decir, del proceso de cambio político iniciado a fines de los años setenta e intensificado a partir de los noventa, por el cual México transitó paulatinamente hacia una democracia electoral que se encuentra en trance de consolidación.

Sin embargo, los constantes cambios a la Constitución han tenido por resultado un texto cada vez extenso, desordenado, disfuncional e incluso deformado. El Constituyente de 1916-1917 aprobó un texto que ya era bastante más extenso que el original de 1857, con un total aproximado de más de 22 mil palabras. Al momento de redactar estas líneas (julio de 2013), el texto de la Constitución mexicana se aproxima a las 60 mil palabras de extensión, es decir, casi tres veces la de 1917. Si bien en algún momento se pensó que el ritmo de las reformas constitucionales podría disminuir con la nueva pluralidad política —pues al impedirse que tenga más del 60 por ciento de la representación en las Cámaras del Congreso de la Unión, no es posible que un solo partido político apruebe las reformas a la Constitución, como sucedía anteriormente (dejamos de lado, por lo pronto, la cuestión de su

situyente introdujo algunos cambios de mayor alcance que los propuestos por Carranza, como las llamadas “garantías sociales” a favor de campesinos y trabajadores, así como la proclamación del dominio directo de la Nación sobre todos los recursos del subsuelo.

² Se contabiliza como *un* solo cambio las modificaciones a *un* artículo constitucional contenidas en *un* decreto de reforma al texto constitucional, incluyendo los artículos transitorios. Es el mismo modo de cálculo que utiliza la página Web de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. <<http://www.diputados.gob.mx>>. Hasta el día de hoy, la Constitución de 1917 ha sido reformada mediante 209 decretos.

aprobación por la mayoría de las 31 legislaturas de los estados)–, lo cierto es que ese ritmo se ha intensificado en los últimos años. Y lo que es peor, casi cada reforma ha incrementado desproporcionadamente la longitud del texto constitucional, incluyendo detalles propiamente reglamentarios, como el número de minutos de tiempo de emisión, al día, a que tienen derecho los partidos políticos y sus candidatos en los medios de comunicación electrónicos, esto es, en radio y televisión (artículo 41; véase *infra*).

El periodo de gobierno del presidente Felipe Calderón (2006-2012) ha sido, hasta ahora, el más prolífico en este sentido: 36 decretos de reforma y 110 artículos reformados durante su sexenio, lo que equivale aproximadamente al 20 por ciento de todas las reformas aprobadas desde 1921.³ El gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, quien tomó posesión de su cargo el 1° de diciembre de 2012, ya ha promovido tres decretos de reforma constitucional (publicados los días 26 de febrero y 5 y 11 de junio de 2013), destacan particularmente la llamada “reforma educativa”, que constitucionaliza la carrera magisterial y crea el Sistema Nacional de Evaluación Educativa, así como el nuevo organismo constitucional autónomo denominado Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (artículo 3°); y la reforma en materia de competencia económica y telecomunicaciones (artículo 28), la que reconfigura como organismos constitucionales autónomos a la Comisión Federal de Competencia Económica y a la Comisión Federal de Telecomunicaciones; esta última se transforma en el nuevo Instituto Federal de Telecomunicaciones. La tercera reforma también introduce cambios en los artículos 25 y 26 de la Constitución, relativos a la planeación y la organización económica nacionales. Las tres reformas citadas agregan aproximadamente 3 mil 200 palabras más al texto constitucional. Una reforma más, cuyo proceso legislativo se inició en el anterior periodo de gobierno (publicada el 19 de julio de 2013) se refiere a la libertad religiosa (artículo 24), pero algunos cambios más se anuncian en el panorama nacional, como la que pretende otorgar autonomía constitucional al actual Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, ya aprobada por el Senado de la República.

Como puede verse, el concepto de “Constitución rígida” no es sustancialmente aplicable al caso de México, por la facilidad y la rapidez con las que se reforma el texto constitucional. Existen, en cambio, varias leyes ordi-

³ Cabe agregar que en los tiempos del presidencialismo, la mayoría de las iniciativas de reforma constitucional provenían de la Presidencia de la República, y no hay duda de que entonces no se aprobaba ninguna reforma constitucional que no contara con el consentimiento presidencial. En la actualidad, si bien el presidente ya no es el único iniciador del procedimiento de reforma constitucional, sí sigue siendo un actor principal en este sentido.

narias que son más rígidas que la Constitución, pues no han sufrido ninguna reforma desde su entrada en vigor, como es el caso de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México (1945).

En razón de lo anterior pero también con motivo de la evolución política del país, se debate en México, desde hace varios años, la necesidad de promulgar una nueva Constitución. Desde fines de los años noventa se dio un intenso debate entre los constitucionalistas mexicanos, algunos de los cuales se pronunciaron a favor de expedir una nueva Constitución, mientras que otros argumentaron que no existían las condiciones que permitieran o justificaran la convocatoria a un Congreso Constituyente. Ambos grupos están de acuerdo en que el cambio político en México ha propiciado el reavivamiento de las funciones normativas de la Constitución, de modo que puede hablarse, al menos, de una “nueva constitucionalidad”,⁴ e igualmente suscriben la idea de que la Constitución vigente todavía no ha incorporado todos los cambios que serían necesarios y deseables. Pero tanto para quienes se oponen a una nueva Constitución como para quienes están a favor de ella, se suscita, aunque con intensidad diferente, el problema de la dinámica desbocada de la reforma constitucional.

La presente comunicación se propone, primero, elaborar un diagnóstico mínimo de la reforma al texto de la Constitución mexicana, subrayando algunas de las disfunciones y las distorsiones que este procedimiento ha provocado hasta la fecha. En segundo lugar, al descartar la conveniencia o la viabilidad de un proceso constituyente, examina una alternativa distinta a la aprobación de una nueva Constitución: la reordenación y reducción del texto actual.⁵ En tercer término, pretende situar esta problemática en el marco teórico y conceptual de la llamada “cultura constitucional”, es decir, el conjunto de percepciones, actitudes y opiniones sociales que se refieren al significado, funciones e importancia de la Constitución en la sociedad.

⁴ Véanse los diversos ensayos reunidos en el volumen *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999.

⁵ Para ello, el derecho comparado ofrece interesantes ejemplos recientes, como el de Suiza (1999-2000), que por razones de espacio no serán examinados en esta comunicación. Véase, por ejemplo, Koller, Heinrich y Giovanni Biaggini, “La nueva Constitución Federal suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núms. 10-11, 2002-2003, pp. 611-634. De acuerdo con el mandato impartido por el Parlamento al gobierno federal suizo en 1987, la propuesta de una nueva Constitución tendría el propósito de actualizar el texto constitucional en los siguientes términos: “El Proyecto pondrá al día el Derecho constitucional vigente, escrito y no escrito, lo presentará de manera comprensible, lo ordenará sistemáticamente y unificará el lenguaje y la densidad normativa de los preceptos individualizados” (p. 612).

Ello es así, porque el objetivo último de este ensayo no es el de insistir en los aspectos particulares y casi patológicos que ha asumido la reforma constitucional en México, sino hacer una aportación al debate de los constitucionalistas mexicanos sobre la Constitución de 1917 a cuatro años de la celebración de su centenario, pero también a los debates actuales de los constitucionalistas iberoamericanos en relación con temas como los “nuevos modelos de Constitución”, la “identidad” y la “cultura” constitucionales.⁶ Para ello hay que preguntarse al menos —pues quizá no hay todavía una respuesta—: ¿cuál es la función de un texto constitucional en relación con la identidad y la cultura constitucionales? Podemos suponer que el texto no es irrelevante en tal sentido, pero resulta necesario precisar los sentidos en los que no lo es. Ello se aborda en el cuarto apartado de este trabajo, el cual se apoya en los resultados de una encuesta de cultura constitucional aplicada en México y en otros países latinoamericanos. Cierra el trabajo un breve apartado de reflexiones finales.

II. DIAGNÓSTICO MÍNIMO

Aunque el tema de la reforma constitucional ha sido objeto recurrente de análisis por los constitucionalistas mexicanos, la dinámica de los cambios al texto constitucional ha sido tal que no existe todavía un tratamiento completo de esta problemática,⁷ y mucho menos desde el punto de vista de la cultura y la identidad nacionales. Por tanto, en este apartado se ofrecerá un análisis muy sintético e impresionista para ilustrar algunas de las cuestiones apuntadas en el apartado introductorio.

⁶ Véase, por ejemplo, Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, 2009. Véase también “¿Dos modelos de democracia?” de Pedro Salazar Ugarte, en *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, pp. 25-49.

⁷ Existen varios trabajos importantes sobre la problemática de la reforma constitucional en México. Aquí citamos algunos de ellos: Valadés, Diego, *La Constitución reformada*, México, UNAM, 1987 (el ensayo principal que da título al libro plantea una clasificación de las reformas en cinco tipos: innovadoras; actualizadoras del texto; actualizadoras de una institución; explicativas, y correctivas; pp. 21 y siguientes); Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994 (2ª ed. 2005); Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998 (con varias reimpressiones); Rives Sánchez, Roberto, *La reforma constitucional en México*, México, UNAM, 2010; Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional*, México, UNAM, 2010.

1. *Las reformas constitucionales 1921-2013*

La siguiente tabla resume el número de cambios y el porcentaje relativo de las modificaciones al texto de la Constitución de 1917 por periodo de gobierno sexenal, desde 1921 hasta el mes de julio de 2013:⁸

TABLA 1
REFORMAS CONSTITUCIONALES POR PERIODO DE GOBIERNO
(1920-JULIO DE 2013)

<i>Periodo</i>	<i>Número reformas</i>	<i>Porcentaje (%)</i>
1920-1924	8	1.4
1924-1928	18	3.2
1928-1934	28	5.0
1934-1940	15	2.7
1940-1946	18	3.2
1946-1952	20	3.5
1952-1958	2	0.3
1958-1964	11	1.9
1964-1970	19	3.4
1970-1976	40	7.1
1976-1982	34	6.0
1982-1988	66	11.7
1988-1994	55	9.7
1994-2000	77	13.6
2000-2006	31	5.5
2006-2012	110	19.5
2012-julio 2013	13	2.3
<i>Total</i>	<i>565</i>	<i>100.0</i>

FUENTE: Cálculo propio con datos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión: <<http://www.diputados.gob.mx>>.

NOTA: Los periodos de gobierno sexenal comienzan el 1º de diciembre del primer año y concluyen el 30 de noviembre del segundo.

⁸ Para un análisis cuantitativo reciente y más completo de la dinámica constitucional, véase Casar, María Amparo, “El fetichismo constitucional”, *Nexus*, México, febrero de 2013 (hay versión en línea). Cabe agregar que a pesar de la frecuente reforma al texto constitucional, subsisten 27 artículos (de un total de 136) de la Constitución de 1917 que no han sido modificados. En cambio, el artículo 73, relativo a las materias sobre las que puede legislar el Congreso de la Unión, ha sido reformado y adicionado en 67 ocasiones.

Como puede observarse fácilmente, el ritmo de las reformas se acelera considerablemente en los últimos periodos de gobierno. Pero las reformas no sólo han sido extraordinarias en sentido cuantitativo, sino también cualitativo. En este sentido, el parteaguas lo podemos situar en el año de 1982, pues en esa fecha se inicia un proceso de reformas, que dura hasta nuestros días, en el que hay una renovación importante de las instituciones existentes y la creación de otras muchas.

Sin embargo, los cambios constitucionales de las últimas tres décadas no han sido sólo cuantitativos, sino cualitativos. En términos generales, han apuntado al fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial frente al poder ejecutivo federal, de los derechos de los ciudadanos y de los medios para su defensa, así como de los mecanismos de rendición de cuentas del gobierno y de responsabilidad de los servidores públicos, aunque de manera todavía insuficiente e incompleta.⁹ En lo particular, la Constitución se ha reformado de manera importante en las siguientes materias:

- Control de la constitucionalidad de las leyes
- Autonomía de gobierno y administración de los municipios
- Sistema electoral y representativo (federal y local)
- Derechos fundamentales, tanto individuales como sociales, y sus medios de protección
- Derechos y autonomía de los pueblos indígenas
- Propiedad y justicia agrarias
- Transparencia y acceso a la información pública gubernamental
- Sistemas de justicia penal y seguridad pública
- Presupuesto y control del gasto público
- Relaciones del Estado con las iglesias y las comunidades religiosas

En el marco de estas reformas se han introducido nuevas instituciones y se han reformado de manera profunda las existentes:¹⁰

- Creación de los “organismos constitucionales autónomos”, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1992-1999), el Banco de México (1993), el Instituto Federal Electoral (1996-2007), el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2005), el Instituto Nacional de para la Evaluación de la Educación, la Comisión Fe-

⁹ Véase un panorama en Carpizo, Jorge, Héctor Fix-Fierro, José de Jesús Orozco Henríquez y José María Serna de la Garza, *Evolución de la organización político-constitucional de México, 1975-2010*, México, UNAM, 2012.

¹⁰ Los números entre paréntesis señalan el año de creación o de reforma.

- deral de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (2013).
- Nueva composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ampliación y especialización de sus facultades de control constitucional (1987-1994-1996-1999).
 - Creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano de gobierno y administración del Poder Judicial de la Federación (1995-1999).
 - Creación de la Auditoría Superior de la Federación como órgano de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión con autonomía técnica para la fiscalización y evaluación del desempeño de las autoridades públicas (1999-2009).
 - Creación de la jurisdicción electoral federal (1987-1990-1993-1996-2007).
 - Creación de los tribunales agrarios (1992).
 - Creación de una jurisdicción especializada para menores (2005).
 - Reconocimiento constitucional de los organismos de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (2007).

Como puede observarse, los cambios han sido de gran alcance, y ello ha dado una nueva dinámica al orden constitucional en su conjunto,¹¹ pues muchas de estas modificaciones han tenido también efectos directos e indirectos sobre los órdenes jurídicos de estados y municipios. Más aún, después de 1982 se modificaron también algunos de los principios supuestamente “intocables” de la Revolución Mexicana incorporados en la Constitución (educación, relaciones entre el Estado y las iglesias, reforma agraria y propiedad de la tierra). Podría decirse incluso que un diseño institucional “nuevo”, más complejo y moderno, se introdujo y se superpuso sobre el modelo institucional que se construyó en las décadas posteriores a la Revolución. Al menos en algunos aspectos, ambos diseños institucionales siguen coexistiendo dentro de la misma Constitución.¹²

El ejemplo particular de las reformas al artículo 41 constitucional puede ilustrar de qué manera, al mismo tiempo que se va perfeccionando la regu-

¹¹ Véanse los trabajos reunidos en el volumen intitulado *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., *supra* nota 4.

¹² Véase Díaz y Díaz, Martín, “La transición constitucional (notas sobre las condiciones de reemplazo)”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit. *supra* nota 4, pp. 167-190; Caballero Juárez, José Antonio y María del Refugio González, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, en Serna de la Garza, José María y José Antonio Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 47-93.

lación de los procesos electorales, se va haciendo cada vez más complejo y extenso el texto constitucional hasta un punto que puede considerarse excesivo si no disfuncional.

En su texto original, el artículo 41 disponía lo siguiente:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal (63 palabras).

La primera reforma a este artículo se realizó en 1977, en el marco de la llamada Reforma Política de ese año, para elevar a rango constitucional la figura de los partidos políticos nacionales, dándoles algunas garantías para sus actividades políticas. La segunda reforma, del año de 1990, motivada directamente por las controversias e impugnaciones que generó la elección presidencial de 1988, incorporó seis párrafos más al artículo para crear el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Electoral Federal (TFE), aunque ninguno de ambos organismos se menciona con tal nombre. La tercera reforma, de 1993, amplió considerablemente la reglamentación sobre el TFE, entre otros cambios. La cuarta reforma, de abril de 1994 (posterior en unos meses al alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en Chiapas y previa, también por unos meses, a las elecciones federales de agosto de ese año), amplió la autonomía del IFE y cambió la composición de su órgano superior de dirección. La quinta reforma, de 1996, amplió de manera importante el texto, dando una reglamentación más completa y sistemática a los principios del sistema electoral (partidos políticos, incluyendo reglas amplias y detalladas sobre su financiamiento y el acceso a los medios de comunicación; la composición y atribuciones del IFE; las bases del sistema de medios de impugnación en materia electoral, mientras que la reglamentación del nuevo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación pasó al artículo 99). Finalmente, la sexta reforma, de 2007, dio una redacción casi totalmente nueva al texto, precisando inclusive el número de minutos de propaganda electoral a que tienen derecho los partidos políticos y sus candidatos en los medios de comunicación electrónica (radio y televisión) por día y por estación, dentro de los tiempos de emisión gratuitos que corresponden al Estado. En total, las seis reformas reseñadas agregaron a las 63 palabras originales del texto 2 mil 811 palabras más (es decir, la extensión se multiplicó casi por un factor de cincuenta), y no es imposible que el artículo vuelva a ser reformado y ampliado en los próximos meses.

2. *Deformaciones y disfunciones del texto constitucional*

En este apartado mencionaremos, sin ningún afán sistemático, algunos de los defectos que el continuo proceso de reforma ha introducido en el texto constitucional. En primer lugar, las reformas han provocado un notable desorden y falta de técnica en los temas regulados en los diversos artículos constitucionales. Las deficiencias técnicas se reflejan también en la presencia de disposiciones duplicadas; por ejemplo, entre los requisitos para ocupar diversos cargos públicos se reitera el de no ser ministro de algún culto religioso, cuando el texto del artículo 130 ya establece, de modo general, que los ministros de los cultos religiosos no pueden ocupar cargos públicos, a menos que se retiren de su ministerio con una anticipación de al menos cinco años. Es claro que bastaría la norma general del artículo 130 y el conocimiento sistemático del texto constitucional para resolver esta cuestión, si bien la reiteración del requisito en otras disposiciones podría justificarse por razones de tipo histórico.

Otro problema que se genera por las modificaciones constantes al texto es el uso inconsistente de la terminología, así como la combinación de términos anticuados con una terminología moderna. Así, por ejemplo, el nuevo texto del artículo 1º incorpora los derechos humanos de fuente internacional en el ordenamiento constitucional, así como los principios “*pro persona*” y de “interpretación conforme”, poniendo a la Constitución de 1917 a la vanguardia en esta materia. Pero ello contrasta con la mayoría de los derechos consagrados en el Título Primero, cuya regulación sigue utilizando una terminología arcaica, procedente del siglo XIX. Como ejemplo conspicuo puede citarse el artículo 11, que se refiere a las limitaciones a la libertad de tránsito que puede imponerse a los “extranjeros perniciosos residentes en el país”, terminología comprensible en el ambiente nacionalista de 1917, pero inaceptable en la actualidad.

Un defecto notorio más en el texto constitucional es la inconsistencia, por exceso o por defecto, en la regulación de las instituciones, incluso de naturaleza semejante. Podemos encontrar diferencias de extensión y profundidad en la regulación de los llamados organismos constitucionales autónomos, pero también en la de las distintas ramas jurisdiccionales. Mientras que la composición, competencias y funciones del Tribunal Electoral ocupan todo un artículo (el artículo 99), cuya extensión supera las mil palabras, la reglamentación de la justicia laboral o la militar abarca sólo unas cuantas líneas. Esto es reflejo de los distintos momentos en que se introdujeron las disposiciones respectivas: las juntas de conciliación y arbitraje son una

creación del Constituyente de 1917; la disposición relativa a los tribunales militares no ha sido modificada desde entonces.

Sin duda, la dinámica de la reforma constitucional en México plantea serios desafíos al conocimiento del texto constitucional por parte de los especialistas, ya no digamos de la población en general. Si se me permite una comparación literaria, la Constitución mexicana se asemeja al “libro de arena” del cuento de Jorge Luis Borges: un libro infinito que no tiene principio ni fin, y que cada vez que se abre, tiene sorpresas y revelaciones para el lector.¹³

Pero el problema no es académico, pues los tribunales mexicanos —y a la cabeza de ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación— tienen que lidiar día a día con los desafíos que suscita la interpretación de un texto constitucional cada vez más disfuncional y deformado. Claro está que las resoluciones sólo pueden solucionar las controversias planteadas y no es de esperarse que hagan observaciones (*obiter dicta*) sobre las dificultades de interpretación de la Constitución.¹⁴ Los problemas apuntados quizá se agudicen ahora que, conforme a la reforma del artículo 1º de la Constitución de 2011, la doctrina del “control de convencionalidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la nueva postura de la Suprema Corte mexicana sobre el control difuso de constitucionalidad, todos los jueces del país se inicien en el ejercicio de la interpretación constitucional en combinación con la aplicación de los derechos humanos de fuente internacional.

III. HACIA LA REORDENACIÓN, REDUCCIÓN Y RENOVACIÓN DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Como se señaló, desde fines de los años noventa los constitucionalistas mexicanos discutieron ampliamente la propuesta de aprobación de una nueva Constitución, con argumentos relevantes por ambos lados de la cuestión. Entre quienes suscriben esta propuesta, se argumenta esencialmente que solamente una nueva Constitución, producto del acuerdo de las fuerzas políticas, puede consumar la transición democrática y establecer una nueva institucionalidad.

¹³ “El libro de arena”, en Borges, Jorge Luis, *Obras completas. 1975-1985*, México, Emecé Mexicana, 1989, pp. 68-71. El narrador del cuento adquiere el libro con entusiasmo, pero más tarde se da cuenta de que en realidad es monstruoso, por lo que decide “perderlo” en uno de los “húmedos anaqueles” de la Biblioteca Nacional en Buenos Aires.

¹⁴ Una búsqueda de tesis de jurisprudencia y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posteriores a 1995, sobre la interpretación de la Constitución, no encontró señalamientos en el sentido apuntado; si acaso, la Corte ha tenido que resolver problemas de temporalidad en la aplicación de algunas de las reformas constitucionales recientes.

Señalan que los defectos históricos, políticos e institucionales de la Constitución vigente no son superables mediante el expediente de la reforma constitucional parcial, sino que es preciso elaborar una Constitución diferente.¹⁵

Desde la visión contraria, constitucionalistas distinguidos como Jorge Carpizo argumentan que una nueva Constitución solamente tiene sentido cuando hay una ruptura o un gran acuerdo político, circunstancias que no se han dado ni son probables en México. Señalan también que no hay ningún problema del orden constitucional que no se pueda resolver mediante una reforma —opinión en la que concurre Diego Valadés— y que, en todo caso, la cuestión central es de cumplimiento y eficacia de las normas constitucionales, no tanto de su contenido o diseño.¹⁶ Vale la pena citar los argumentos centrales de Valadés, expresados ya en 1998: “Una nueva Constitución implicaría revisar los consensos esenciales, sobre los que no hay discrepancias, pero que una vez reinscritos en la agenda del debate, volverían a encender ánimos ya apaciguados...”¹⁷

Si los consensos básicos (régimen republicano y no monárquico, federal y no unitario, representativo y no de democracia directa) no están a discusión, “un nuevo constituyente no tiene propósito”.¹⁸

Lo que sí ocurre es que la Constitución ha perdido coherencia sistemática en sus enunciados, porque las cerca de cuatrocientas reformas practicadas a lo largo de casi ochenta años no siempre han tenido rigor técnico. En este sentido más que una nueva Constitución, cabría pensar en la utilidad de una revisión sistemática, una auténtica refundición, del texto vigente, para darle la unidad técnica y de estilo que ya perdió. Pero esto tampoco se debe considerar indispensable y, como bien podría ser otra puerta para que la discordia emergiera, resulta preferible conservar un texto semánticamente cuestionable, pero jurídica y políticamente funcional en la medida en que actualice los consensos operacionales.

Es en los consensos operacionales donde se centra la discusión y es en este ámbito donde se requiere de un gran esfuerzo innovador...¹⁹

¹⁵ Entre los académicos que han defendido esta postura de manera insistente desde hace varios años se encuentra Jaime Cárdenas Gracia. Véase *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2ª ed., México, UNAM, 2012, obra publicada originalmente en 1996 que propone también el mecanismo mediante el cual podría llegarse a una Asamblea Constituyente con base en las disposiciones actualmente vigentes (pp. LXXXVI y siguientes).

¹⁶ Véase, por ejemplo, Carpizo, Jorge, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., *supra* nota 4, pp. 85-104 (especialmente 100 y siguientes).

¹⁷ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 409.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 410.

Por mi parte, yo tampoco considero que haya condiciones para un congreso constituyente, porque la lógica de las reformas en México, desde hace más de treinta años, ha sido la de realización de cambios parciales y puntuales, al calor de los consensos particulares que van forjando las fuerzas políticas. Ello induce a pensar que no existe un consenso básico suficiente que permita abrir o reabrir muchos de los temas constitucionales a un debate constituyente, por lo que dichas fuerzas preferirán los cambios particulares en lugar de la revisión global del texto constitucional. Aunque pudiera pensarse en una asamblea electa con el único propósito de revisar integralmente el *texto* constitucional, con un mandato limitado y definido (como ocurrió en Argentina en 1994), no hay garantía de que tal asamblea se circunscribiera a ese mandato.²⁰

Pero aún si se lograra el consenso a favor de una nueva Constitución, probablemente no se corregiría la tendencia a los cambios continuos en el texto constitucional, a menos que se introdujera un nuevo procedimiento de reforma que garantizara alguna rigidez o permanencia de las nuevas disposiciones constitucionales.

Estando así las cosas, existe una estrategia que permitiría revisar el texto constitucional, corrigiendo sus defectos y disfunciones, al mismo tiempo que es posible introducir nuevos mecanismos y dinámicas en la reforma constitucional. Dicha estrategia consistiría en la *reordenación*, primero, y la *reducción*, después, del texto constitucional, en combinación con las llamadas *leyes (orgánicas) constitucionales*, que son leyes que exigen un quórum de votación especial y que tienen por propósito desarrollar los preceptos constitucionales, evitando que éstos asuman un carácter reglamentario.

No se trata de una propuesta nueva. Como vimos arriba, Diego Valadés ha sugerido, desde hace tiempo, una refundición del texto constitucional, para restaurar la unidad de técnica y estilo que ha perdido.²¹ En este sentido, Héctor Fix-Zamudio y otros autores han insistido también en la importancia de introducir en nuestro ordenamiento las leyes orgánicas constitucionales como leyes de desarrollo de los preceptos constitucionales, a fin de modificar las tendencias reglamentarias actuales en el proceso de enmienda al tex-

²⁰ Jaime Cárdenas propone una estrategia similar para la aprobación de una nueva Constitución: la reforma del artículo 135 de la Constitución de 1917 (relativo al procedimiento de reforma constitucional), junto con una ley de consulta que contuviera ya un proyecto de Constitución elaborado de manera plural, para ser discutido, como tarea exclusiva, por la Asamblea Constituyente. Véase *Una Constitución para la democracia*, cit., *supra* nota 14.

²¹ En 1998, Valadés no consideraba que esto fuera indispensable, pues también escondía riesgos y peligros. Quince años después sí lo es.

to constitucional.²² Y en tiempos recientes se discute con mayor intensidad algunas propuestas particulares para crear una Constitución breve que establezca los principios y lineamientos fundamentales del Estado mexicano, dejando a una o varias leyes constitucionales el desarrollo reglamentario y técnico de las instituciones constitucionales.²³

¿Cuáles serían los lineamientos esenciales de tal trabajo de revisión del texto constitucional para que fuera viable políticamente en las condiciones actuales?

Resulta imprescindible que el texto que sea producto del ejercicio de revisión se reconozca como *sustancialmente idéntico*, en contenido y redacción (aunque no en extensión), a la Constitución vigente, para lo cual es indispensable respetar el número total de artículos y la distribución general de materias en la Constitución de 1917. Ello requeriría, por ejemplo, mantener la ubicación de algunos artículos emblemáticos, como el 3º (educación), el 27 (recursos naturales y propiedad agraria), el 103 y 107 (juicio de amparo) y el 123 (derechos de los trabajadores), a pesar de que ello fuera en contra de una reordenación estrictamente técnica. Por supuesto, esta revisión no impediría corregir algunos defectos evidentes de redacción y técnica del texto actual. Una revisión más ambiciosa, aunque sujeta a ciertas condiciones políticas, aprovecharía la oportunidad para hacer algunos ajustes de mayor alcance en el texto constitucional, pero de momento nuestra propuesta deja fuera tal opción.

¿Cuáles serían los pasos a seguir en la reordenación y reducción del texto constitucional? La propuesta podría seguir los pasos que a continuación se describe:

²² Fix-Zamudio, Héctor, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit, *supra* nota 4, pp. 191-228. Este autor recuerda que esta misma propuesta ya la había hecho Mariano Otero, con un propósito similar, en el contexto de la llamada Acta de Reformas, que restauró la Constitución Federal de 1824 e introdujo por primera vez el juicio de amparo a nivel nacional, por influjo del propio Otero. Fix-Zamudio hace también referencia a la existencia de estos ordenamientos en Francia, España y varios países latinoamericanos, y si bien se pronuncia por su introducción en el derecho mexicano, no define la manera específica en que esto podría hacerse. Un estudio más amplio y acabado es el de Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2006, con prólogo de Fix-Zamudio.

²³ Véase Pino Muñoz, *op. cit.*, *supra* nota 7, pp. 266 y siguientes. Resulta significativo que este autor vincule su propuesta de una Constitución breve, limitada a las bases del ordenamiento constitucional, a la posibilidad de su conocimiento, divulgación y respeto por parte de los habitantes de la República (p. 268).

- *Primero.* Reordenar los párrafos que integren el texto vigente de una materia constitucional que tenga unidad conceptual, institucional o competencial (por ejemplo, los derechos fundamentales, la regulación del régimen económico, el Poder Judicial), distribuyéndolo en artículos que tengan mayor coherencia temática y una extensión más uniforme.
- *Segundo.* Corregir los errores más evidentes de redacción y técnica legislativa, pero evitando introducir cambios que requerirían algún tipo de debate constitucional.
- *Tercero.* Determinar qué partes del texto constitucional tienen carácter reglamentario, a fin de que sólo queden en el texto constitucional sus lineamientos esencial y su reglamentación específica se reenvíe a una ley de desarrollo constitucional.
- *Cuarto.* Reintegrar las diversas partes del texto constitucional reordenado y reducido, lo cual exigirá una adecuación final del texto constitucional en su conjunto.

Estos pasos deben ir acompañados necesariamente de notas y explicaciones de cuáles han sido los cambios intentados y cuáles las razones que los justifican. Como se dijo, este procedimiento no implica hacer propuestas de corrección o cambios mayores en cuestiones que requerirían un debate constitucional específico (por ejemplo, la exclusión de las leyes tributarias del ámbito de la declaración general de inconstitucionalidad, que ha sido criticada por la doctrina, pero cuya modificación presenta obstáculos políticos). El texto resultante, que podría ser elaborado por una comisión de trabajo conformada por académicos y representantes de otros sectores, sería presentada como iniciativa al Congreso de la Unión bajo un esquema de “*fast track*”, es decir, que pudiera ser adoptada o rechazada en su conjunto, sin introducción de modificaciones. De otro modo, se corre el riesgo de que el ejercicio de reordenación y reducción del texto constitucional caiga en la dinámica de la reforma constitucional que justamente se pretende superar. Adicionalmente, es indispensable que el nuevo texto constitucional se apruebe conjuntamente con las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional que permiten y hacen viable su reordenación y reducción. En conjunto, se trata de un proyecto muy ambicioso, pero que adquiere urgencia y quizá viabilidad política en la perspectiva del centenario de la Constitución mexicana que está próximo a celebrarse.

IV. EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN, LA CULTURA Y LA IDENTIDAD CONSTITUCIONALES

Llegados a este punto, resulta necesario insistir en que el problema de la reforma constitucional no es sólo una cuestión política o técnica, sino que el texto constitucional debe verse en un contexto cultural, a fin de situar las cuestiones aquí abordadas en un marco teórico y conceptual más amplio. Hay autores y debates en la teoría constitucional contemporánea que se centran en el concepto de “cultura constitucional”. A través de este concepto se pretende subrayar que la Constitución no es solamente un texto jurídico, cuya estudio estaría monopolizado por los juristas y cuya interpretación definitiva sería responsabilidad exclusiva de los jueces, sino un producto cultural que tiene funciones más amplias de integración social y representación simbólica de una comunidad.

Así, Peter Häberle propone considerar a la Constitución desde una perspectiva cultural que vaya más allá de su estudio e interpretación por los juristas; de esta idea deriva él el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”, según el cual todos los integrantes de una comunidad, por el hecho de vivir bajo un régimen constitucional, están autorizados y llamados a interpretar y dotar de sentido al texto constitucional, en un proceso circular y complejo en el que no existen las “últimas palabras”.²⁴ En los Estados Unidos, el debate se ha centrado en el concepto de “constitucionalismo popular”, el cual pone de manifiesto que las ideas y las interpretaciones constitucionales son producto de movimientos sociales que luchan por lograr que sus intereses y sus objetivos queden reconocidos en la vida constitucional.²⁵

Un aspecto particularmente interesante del concepto de “cultura constitucional” es que puede ser operacionalizado desde una perspectiva empírica, es decir, es posible investigar cuáles son las percepciones, opiniones y

²⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, *passim*. Häberle toma como punto de partida algunas ideas de la tradición constitucional alemana, como la “teoría de la integración” de Rudolf Smend.

²⁵ La bibliografía relativa es muy amplia, por lo que citamos solamente unos cuantos trabajos: Gewirtzman, Doni, “Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture”, *Georgia Law Journal*, vol. 93, March 2005, pp. 857-938; Mazzone, Jason, “The Creation of a Constitutional Culture”, *Tulsa Law Review*, vol. 40, Summer 2005, pp. 471-698; Siegel, Reva B., “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA”, *California Law Review*, vol. 94, October 2006, pp. 1323-1419; Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 991-1006.

conocimientos que tienen los integrantes de una sociedad en relación con su Constitución. En este sentido, Diego Valadés ha promovido la realización de las primeras encuestas nacionales sobre cultura constitucional en México y otros países de América Latina (Argentina, Bolivia y Costa Rica).²⁶ Se trata de estudios empíricos que tratan de elucidar, entre otros temas, cuál es la importancia y la función que atribuyen los ciudadanos a su Constitución y cuál es la presencia que tienen los debates constitucionales en la sociedad; cuál es el grado de conocimiento que tienen las personas sobre las disposiciones constitucionales y las principales instituciones públicas; y cuáles son los temas en los que consideran que el ordenamiento constitucional puede y debe actualizarse.

Aunque estas encuestas se hicieron con alcances más amplios que las cuestiones que se abordan en este trabajo, hay varias preguntas —algunas comparables entre países— que ofrecen elementos para conocer qué tanto los ciudadanos se identifican con su Constitución y, sobre todo, si sus opiniones y percepciones podrían considerarse favorables al proyecto de reordenación y reducción constitucional que aquí se propone. Por supuesto, los resultados no son unívocos, sino que tienen que ser interpretados.

En lo que sigue se reproducen algunas de las respuestas relevantes de las encuestas mexicanas de 2003 y 2011 y donde sea posible se hará una comparación con las preguntas respectivas —iguales o similares— de las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica.

Las primeras preguntas que analizaremos se refieren al concepto y al significado de la Constitución para los ciudadanos, así como a la importancia que le atribuyen. La encuesta mexicana de 2003 planteó la siguiente pregunta abierta a una muestra de 300 entrevistados:

²⁶ Véase Concha, Cantú, Hugo A., Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM, 2004. Las encuestas son similares y comparables en muchas de sus preguntas. En 2011 se realizó una segunda encuesta en México, cuyos resultados pueden consultarse en <<http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>>.

Las encuestas levantadas en México en 2003 y 2011 fueron elaboradas por Julia Flores y su equipo de investigación; los cuestionarios de las encuestas levantadas en Argentina, Bolivia y Costa Rica se apoyaron en el cuestionario aplicado en México en 2003. Véase Hernández, Antonio María, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM-Asociación Argentina de Derecho Constitucional-IDEA Internacional, 2005; Cordero, Luis Alberto, Rubén Hernández Valle, Carla Morales y Daniel Zovatto, *Cultura de la Constitución en Costa Rica. Una encuesta nacional de actitudes, perspectivas y valores*, México, UNAM-Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano-IDEA Internacional, 2009. (El autor no tuvo acceso a la encuesta boliviana).

<i>¿Qué significa para usted la Constitución?</i>	
	<i>Menciones</i>
Normas, reglas, leyes	104
Lo que rige al país	47
Órgano máximo	18
Derechos	15
Orden, garantías y respeto	12
No sabe	11

Una pregunta adicional inquiriere por las razones de esta respuesta:

<i>¿Por qué para usted la Constitución significa eso?</i>	
	<i>Menciones</i>
Ahí están las leyes	48
Porque la sociedad las necesita para convivir	41
Es lo que nos rige	22
Porque así está establecido	18
No se cumple	14

Se pidió también a los entrevistados de la encuesta principal (sobre una muestra de mil 800 habitantes mayores de 15 años), señalar la frase predefinida que mejor describiera a la Constitución:

<i>De las siguientes frases, ¿cuál describe mejor la Constitución?</i>	
	<i>Porcentaje</i>
Protege mis derechos	36.2
Organiza el gobierno	25.0
No se respeta	22.4
Cambia a cada rato	9.7
No sirve para nada	2.6

Como puede verse, en esta última pregunta, un grupo significativo de encuestados (algo más de un tercio), asocia principalmente la Constitución con factores negativos distintos a los elementos que distinguen tradicionalmente a la Ley Fundamental: la protección de derechos y la institución del gobierno.

Las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica hicieron un planteamiento un poco distinto:²⁷

<i>Argentina</i>		<i>Costa Rica</i>	
<i>¿Qué es para usted la Constitución Nacional? (%)</i>		<i>Para usted, ¿qué es la Constitución Política de Costa Rica? (%)</i>	
Lo que rige al país y la sociedad/la convivencia	20	Las leyes de Costa Rica	37.8
Supremo, órgano máximo	19	Lo que rige al país	22.1
Algo que se debe cumplir	16	Es donde están establecidas las leyes	5.0
Conjunto de normas, reglas, leyes	14	Es el derecho que tenemos los costarricenses	3.9
Derechos y obligaciones	11	Los fundamentos para el país	2.4
Un libro/ley que nadie quiere obedecer	5	No sirve, no se cumple	1.3
Una medida del gobierno/algo político	2	El bienestar social	1.1
Algo que no sirve/obsoleto/un libro más	2	Leyes antiguas, obsoletas	1.1

Esta pregunta iba acompañada de otra sobre la importancia de la Constitución:

	<i>Argentina</i>	<i>Costa Rica</i>
	<i>¿Qué tan importante cree usted que es la Constitución Nacional? (%)</i>	<i>¿Qué tan importante es para usted la Constitución Política de Costa Rica? (%)</i>
Muy importante	52	47.1
Importante	37	38.9
Poco importante	8	9.2
Nada importante	1	1.6

Las respuestas, en conjunto, revelan algunos elementos comunes: por un lado, los ciudadanos reconocen que la Constitución es algo importante, o muy importante, y que constituye un elemento que da fundamento y orienta-

²⁷ La encuesta mexicana de 2003 incluyó un ejercicio de asociación de léxico (asociación de palabras con la Constitución) que no podemos analizar aquí.

ción a la convivencia social; por el otro, la identifican por sus rasgos más bien formales de cuerpo normativo, de conjunto de leyes, normas y reglas. La idea de derechos o de bienestar social también está presente, aunque en porcentajes muy menores. Llama la atención que un grupo minoritario, pero no insignificante, asocia la Constitución con obsolescencia e incumplimiento.

La siguiente pregunta se refiere al grado de cumplimiento de la Constitución:

<i>México</i>			<i>Argentina</i>		<i>Costa Rica</i>	
<i>¿Qué tanto cree que se cumple la Constitución en México? (%)</i>			<i>¿Qué tanto cree que se cumple la Constitución Nacional en Argentina? (%)</i>		<i>¿Qué tanto cree que se cumple o respeta la Constitución Política de Costa Rica? (%)</i>	
	2003	2011				
Mucho	5.2	5.9	Mucho	2	Mucho	8.7
			Bastante	11	Bastante	17.9
Poco	68.1	59.3	Poco	66	Poco	64.4
Nada	19.3	21.4	Nada	19	Nada	6.3

Previsiblemente, los ciudadanos de los tres países consideran que el cumplimiento de su propia Constitución es deficiente. Aunque la escala no es exactamente la misma, es de notarse que el rubro “poco” está representado por porcentajes similares en los tres países, aunque, globalmente hablando, los costarricenses advierten un mejor nivel de respeto a su ley fundamental, con un porcentaje significativo de quienes ven que tal nivel es “bastante” y uno reducido de los que piensan que no se cumple “nada”, opción en la que tanto en México como Argentina es importante el sector (alrededor de un 20 por ciento) que así contesta.

Esta pregunta tiene que verse en el contexto de la interrogante sobre el conocimiento de la Constitución:

<i>México</i>			<i>Argentina</i>		<i>Costa Rica</i>	
<i>¿Qué tanto considera usted que conoce la Constitución: mucho, poco o nada? (%)</i>			<i>¿Qué tanto considera usted que conoce la Constitución Nacional? (%)</i>		<i>¿Qué tanto conoce usted la Constitución Política (%)</i>	
	2003	2011				
Mucho	4.8	3.6	Mucho	3	Mucho	2.6
			Bastante	19	Bastante	8.6
Poco	72.6	65.1	Poco	62	Poco	69.1
Nada	20.3	27.7	Nada	15	Nada	19.4

En los tres países, los ciudadanos confiesan un conocimiento reducido de la Constitución, si por “Constitución” entienden el documento que así denominamos. Algunas preguntas adicionales así parecen confirmarlo. Las encuestas en Argentina y Costa Rica plantearon preguntas sobre el año de aprobación de la Constitución vigente. En ambos países una amplia mayoría contestó erróneamente o dijo desconocer tal fecha.²⁸ En Argentina, casi 70 por ciento dijo no conocer los temas o cambios que se habían incorporado en la reforma constitucional más reciente de ese momento.

En el caso de México, el conocimiento de la Constitución parece deteriorarse entre 2003 y 2011, con una disminución de quienes dicen conocerla “mucho” y un aumento de los que no la conocen “nada”. Esto podría deberse a que los ciudadanos perciben la rápida acumulación de reformas al texto constitucional, por lo que éste se les hace cada vez más ajeno. Sin embargo, esto es sólo una hipótesis, a falta de preguntas específicas que exploren este tema. Pero también en el caso de México, algunas de las preguntas adicionales en las encuestas de 2003 y 2011 revelan, que las personas sí tienen conocimientos específicos sobre las funciones de las principales instituciones públicas, sobre la vigencia de ciertas libertades o sobre la incorporación de determinados derechos en el texto constitucional. Así, a la pregunta, en 2011, de si los entrevistados saben o no saben que según la Constitución mexicana las mujeres y los hombres tienen igualdad de derechos, 75.2 por ciento responde que sí lo establece o lo establece en parte, aunque hay un porcentaje alto (17.4 por ciento) que no sabe o no contesta.

Resulta interesante destacar que hay una significativa correlación –más visible en el caso de México y Argentina, y más tenue respecto de Costa Rica– entre los porcentajes relativos al nivel de cumplimiento de la Constitución y los relacionados con el conocimiento constitucional de los ciudadanos. La correlación apuntada parece sugerir que el juicio positivo o negativo sobre el cumplimiento de la Constitución depende del conocimiento que el entrevistado considera tener sobre ella. Dicho en otras palabras: la falta de conocimiento de la Constitución lleva con alta probabilidad al juicio de que ésta no se cumple. No obstante lo anterior, las respuestas a la encuesta costarricense sugieren que los ciudadanos pueden distinguir entre su nivel de conocimiento constitucional y el nivel de cumplimiento o respeto a las normas fundamentales.

²⁸ Argentina: “Sabe usted en qué año se dictó la Constitución Nacional?” Sólo el 28 por ciento contestó, correctamente “1853”; 11 por ciento más dio una respuesta incorrecta, y 60 por ciento declaró no saber.

Costa Rica: a la pregunta “¿Sabe usted en qué año se creó la actual Constitución Política?”, 81.7 por ciento contestó que “no”.

¿Cuáles son las fuentes de conocimiento sobre la Constitución? En los tres países queda de manifiesto que el lugar donde las personas escuchan hablar por primera vez de la Constitución es la escuela y, en segundo lugar, el hogar.²⁹ Sobre dónde se escucha más hablar de la Constitución en la actualidad, en los tres países la principal respuesta se refiere a los medios de comunicación.³⁰ Adicionalmente, se preguntó a los entrevistados mexicanos si se hablaba mucho o poco de la Constitución:

<i>En general, ¿qué tanto considera usted que se habla de la Constitución: mucho o poco?</i>		
	<i>2003</i>	<i>2011</i>
Mucho	10.4	6.6
Poco	74.2	58.1
Nada	12.8	26.7

En la pregunta anterior es importante (y creciente) el porcentaje de los entrevistados que no escuchan hablar nada de la Constitución.

Una batería más de preguntas se refiere a la adecuación de la Constitución a las necesidades del país, así como a la conveniencia o no de reformarla de manera parcial o total. Las encuestas mexicanas de 2003 y 2011 planteó dicha alternativa en los siguientes términos:

<i>Por lo que usted piensa, ¿la Constitución que tenemos ahora...? (%)</i>		
	<i>2003</i>	<i>2011</i>
Es adecuada para las necesidades del país	45.6	27.8
Ya no responde a las necesidades del país	42.1	56.5

Entre 2003 y 2011 aumenta de manera importante el porcentaje de quienes piensan que la Constitución vigente ya no responde a las necesidades del país y, por tanto, disminuye el número de quienes todavía la consideran adecuada. En consecuencia, resulta explicable también que haya un decremento en el grupo de quienes piensan que debe dejarse como está, de acuerdo con la siguiente tabla:

²⁹ Escuela: México 79 por ciento en 2003; Argentina 85 por ciento; Costa Rica 72.4 por ciento.

³⁰ Medios de comunicación: México 31.3 (2003) y 27.7 por ciento (2011), si bien el porcentaje relativo a la escuela es mayor en 2003; Argentina 68 por ciento (menciones acumuladas); Costa Rica 57.3 por ciento.

<i>En su opinión, ¿qué sería preferible: hacer una Constitución nueva, cambiarla sólo en parte o dejarla como está? (%)</i>		
	<i>2003</i>	<i>2011</i>
Hacer una Constitución nueva	23.3	18.6
Cambiarla sólo en parte	22.0	50.1
Dejarla como está	40.1	22.5

El número de quienes ven la conveniencia de hacer una Constitución nueva se mantiene en un nivel similar entre 2003 y 2011, pero aumenta significativamente el grupo de los “reformistas”, es decir, de quienes están de acuerdo con un proceso de reformas parciales. Sin embargo, este resultado parece contradictorio con el de la siguiente pregunta de la encuesta de 2011, que inquirió expresamente sobre la conveniencia de un congreso constituyente:

<i>Por lo que usted piensa, ¿se debería o no se debería convocar a un congreso constituyente (para hacer una nueva Constitución)? (2011)</i>	
Sí	47.2
Sí, en parte	24.6
No	10.0
No, en parte	7.3
No sabe/no contesta	10.9

NOTA: Piensan sobre todo que es un necesario un congreso constituyente los jóvenes de 25 a 34 años, los que cuentan con estudios de licenciatura y quienes habitan en el norte del país.

Una mayoría clara –más del 70 por ciento– se pronuncia por la realización de un congreso constituyente, lo que es difícil de armonizar con la respuesta anterior. Quizá el factor explicativo sea el planteamiento directo de la pregunta. Además, quienes contestan “sí, en parte” posiblemente no tengan suficiente conciencia sobre las implicaciones de un congreso constituyente ni adviertan la contradicción con la respuesta anterior. En todo caso, ambas preguntas apuntan al espíritu “reformista” ya señalado.

Las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica combinan las dos preguntas previas a esta última tabla de la siguiente manera:

<i>Algunos creen que hay que reformar la Constitución Nacional/Constitución Política porque ya no se adapta a la realidad del país. Otros creen que hay que dejarla como está. ¿Con cuál de las siguientes frases está más de acuerdo? (%)</i>			
<i>Argentina</i>		<i>Costa Rica</i>	
Hay que reformarla	56	Hay que reformarla	62.9
	30	Hay que reformarla sólo en algunas partes	22.8
Hay que dejarla como está	30	Hay que dejarla como está	7.7
No sabe/no contesta	14	No sabe/no contesta	n.d.

Como se puede advertir, en ambos países también hay un importante potencial “reformista” de la Constitución, mayor, por lo visto, en Costa Rica, que en la Argentina. Dicho espíritu reformista tiene claras raíces históricas, a juzgar por el número de constituciones, proyectos constitucionales y reformas que se han dado en nuestros países a partir de las guerras de independencia. Como señala agudamente Sergio López Ayllón, en nuestros países la ley (y en primer lugar la Constitución) tiene la función primordial de “instituir” y sólo en un segundo momento de “regular”.³¹ Esta es una característica constante de nuestra cultura jurídica.

La siguiente pregunta se inspira claramente en el concepto de “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” de Peter Häberle:

<i>Las personas que no saben de leyes, ¿deben o no deben opinar sobre los cambios a la Constitución/Constitución Nacional/Constitución Política? (%)</i>				
	<i>México</i>		<i>Argentina</i>	<i>Costa Rica</i>
	<i>2003</i>	<i>2011</i>		
Sí deben	40.8	48.3	50	52,4
Sí, en parte	13.2	22.3	7	--
No deben	42.1	24.7	41	46.4

La tabla revela que casi la mitad de los ciudadanos entrevistados en los tres países –que podemos suponer que en una abrumadora proporción “no saben de leyes”– no se siente legitimado para opinar sobre los cambios constitucionales, es decir, no identifican a la Constitución como un patrimonio que les pertenezca. Posiblemente son también ciudadanos que se identifican poco con los temas públicos o se interesan escasamente por ellos: no sienten

³¹ López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997, cap. V.

como propia la *res publica* (esto es algo que podrían elucidar otros ejercicios de opinión). Por el contrario, si los ciudadanos consideraran a la Constitución no sólo como una ley sino como un patrimonio cultural propio, sus niveles de conocimiento y aprecio por su cumplimiento también se elevarían. En el caso de México, resulta interesante observar que entre 2003 y 2011 aumenta significativamente el número de quienes consideran poder opinar sobre los cambios a la Constitución, disminuyendo de manera importante quienes les niegan ese derecho a los ciudadanos sin conocimientos jurídicos.

En resumen, las encuestas sobre cultura constitucional que someramente hemos examinado revelan un panorama similar en los tres países: los ciudadanos consideran importante a la Constitución, aunque tienen de ella un concepto más bien formal y legalista, por lo que no se sienten legitimados a opinar sobre los cambios constitucionales, mientras que una minoría no insignificante le niega relevancia, utilidad o actualidad; la mayoría se manifiesta desconocedora del texto constitucional y quizá también por ello considera que su nivel de cumplimiento es muy bajo. Por el otro lado, en los tres países se advierte un visible espíritu “reformista” que seguramente seguirá dando impulso a los frecuentes cambios al texto constitucional. En cuanto a los medios que fomentan el conocimiento y divulgación de la cultura constitucional, los principales son la escuela y los medios de comunicación, pero su impacto no es suficiente para involucrar más a los ciudadanos en los debates constitucionales.

V. REFLEXIONES FINALES

Por supuesto, no necesitamos estudios empíricos para saber que en nuestros países la Constitución cumple de manera muy deficiente, si acaso, funciones de unidad e integración sociales. Basta considerar la gran distancia que hay entre el país “legal” y el país “real”, así como las fuertes divisiones económicas, culturales y aún ideológicas que hay en las sociedades latinoamericanas,³² para darnos cuenta de que estamos lejos de centrar en la Constitución la unidad simbólica de un proyecto social común. No hay todavía entre nosotros una versión latinoamericana del “patriotismo constitucional” de que hablaba Jürgen Habermas.

³² Así lo señala, por ejemplo, Carlos Castillo Peraza, quien critica además que se convierta a la Constitución en receptáculo de todos los buenos deseos de una sociedad, porque ello es un agravio para quienes no ven satisfechos sus derechos y promueve la demostración de la inutilidad de la Constitución. Véase “Entre la ‘energía’ y la ‘dinámica’”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit. *supra* nota 4, 105-112 (110).

Los datos de las encuestas que hemos examinado documentan, aunque de manera indirecta y no unívoca, estas deficiencias en las funciones simbólicas e integradoras de las constituciones nacionales. La pregunta es si ofrecen elementos que den sustento a la propuesta central de este trabajo: la elaboración de un texto constitucional ordenado y reducido que incorpore mecanismos de reforma jurídica e institucional más flexibles que eviten la modificación frecuente de la Constitución, todo ello con el objetivo de dar a ésta mayor presencia y visibilidad simbólica.

Pensamos que las dos encuestas de cultura constitucional levantadas en México ofrecen tales elementos: los ciudadanos tienen una expectativa reformista, hasta el punto de juzgar conveniente un congreso constituyente, por lo que es previsible esperar que continúen los cambios a la Constitución y las leyes; al mismo tiempo, consideran importante a la Constitución, pero dicen no conocerla y consideran que no se cumple. Advierten que se habla de la Constitución principalmente en la escuela y en los medios de comunicación, pero no en forma suficiente; por otro lado, un grupo importante no se siente legitimado para opinar sobre ella. En consecuencia, la propuesta de una Constitución visible, que pueda ser conocida y divulgada de manera general, podría contribuir, como sostienen algunos autores, a fortalecer la democracia constitucional en su conjunto, combatiendo el “fetichismo constitucional”, que considera que la realidad (injusta, sin duda) de nuestros países empieza a modificarse con los cambios a la Constitución.

El examen y la comparación de las encuestas levantadas en Argentina y Costa Rica nos advierten, sin embargo, que las deficiencias de nuestra cultura constitucional son comunes a los países de Latinoamérica y que el diagnóstico relativo a México no se debe, al menos de una manera unívoca, al exceso de reformas constitucionales de los últimos años.

HACIA UN MODELO DE ESTADO
LAICO O SECULAR RESPETUOSO Y TOLERANTE.
A PROPÓSITO DE LAS REFORMAS
A LOS ARTÍCULOS 24 Y 40
DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA*

Imer B. FLORES**

A Jorge Carpizo y a Ronald Dworkin

SUMARIO: I. *A manera de introducción: Tipología básica de Estados (a partir del criterio religioso o teocrático)*. II. *Revisión de la tipología básica y sus principios (en el caso de México)*. III. *Modelos de Estado: confesional o religioso vis-à-vis laico o secular*. IV. *A modo de conclusión: hacia un modelo de Estado laico o secular respetuoso y tolerante*.

* Versión revisada de la ponencias presentadas en la “Mesa redonda” del Coloquio Académico *Laicidad y Libertad Religiosa*, organizado por la Universidad Panamericana e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, en México, D.F., el 20 de febrero de 2013 (la mesa redonda está disponible en: http://www.youtube.com/watch?v=-cIOwi8v_bY, página consultada el 13/11/13); y en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, Comisión: *Principios. Pluralismo y tolerancia. Estado e iglesias. Estado Laico*, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y la Universidad Nacional de Tucumán, en Tucumán, Argentina, el 19 de septiembre de 2013.

** Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Profesor, Facultad de Derecho, UNAM; Tutor, Posgrado en Derecho, UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); y reconocimientos PRIDE D y SNI III. Correo electrónico: imer@unam.mx. Twitter: @imerbflores. El autor agradece tanto a José Antonio Lozano Diez y Hugo S. Ramírez García como a Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés las invitaciones a presentar dichas ponencias, así como a los demás participantes y asistentes a tales presentaciones por sus comentarios y preguntas, en especial: Jorge Adame Goddard, María del Pilar Hernández Martínez, Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, Pedro Salazar Ugarte, José María Serna de la Garza, y José Luis Soberanes Fernández.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN:
TIPOLOGÍA BÁSICA DE ESTADOS (A PARTIR DEL CRITERIO
RELIGIOSO O TEOCRÁTICO)

Confrontar los dos principales modelos de Estado (a partir del criterio religioso o teocrático), así como la revisión de los principios de libertad(es) religiosa(s) y de respeto y tolerancia religiosa, me permitirá concluir que es necesario consolidar un Estado laico o secular respetuoso y tolerante de todas las concepciones religiosas o no, y que lo anterior requiere de un mejor entendimiento del principio de neutralidad, misma que no puede ser meramente pasiva y negativa sino que en algunos casos debe ser activa y positiva, pero entendida siempre en términos de equidad y como tal de imparcialidad.

Al respecto, aclaramos que sin ánimo de establecer una definición de ‘Estado’, lo cual supera con creces el espacio y el tiempo de que disponemos, nos permitimos estipular —más allá de los elementos característicos: territorio, población, gobierno y soberanía— que se trata por su función de la estructura u organización jurídico-política por excelencia de una sociedad y a partir de ella se definen las relaciones económicas, políticas, sociológicas, ideológicas y hasta teológicas que se presentan en su interior. A partir de dichas relaciones podemos hablar de un Estado aristocrático o democrático; de un Estado autoritario o totalitario; de un Estado benefactor o del bienestar; de un Estado central o federal; de un Estado esclavista o paternalista; de un Estado liberal o social; de un Estado monárquico o republicano; de un Estado autárquico o representativo; y, por supuesto, de un Estado teocrático o no-teocrático.

Así, a partir del criterio religioso o teocrático, hablamos, de un *Estado teocrático*, si todas las relaciones en su interior —económicas, políticas, sociales, y sobre todo las de gobierno— están estructuradas u organizadas y hasta jerarquizadas, alrededor de o a partir de un dios, de una serie de divinidades, de sus profetas y hasta de sus clérigos o sacerdotes, o bien —en una sola palabra— de la ‘religión’, así como de la (con)fusión entre la autoridad civil y la eclesiástica o religiosa; y, de un *Estado no-teocrático*, si no todas las relaciones de gobierno están estructuradas u organizadas ni jerarquizadas alrededor de o a partir de la religión, o al menos no existe (con)fusión entre la autoridad civil y la eclesiástica o religiosa.

De igual forma, al interior del último, solemos distinguir entre un *Estado confesional o religioso*, si algunas o muchas de las relaciones en su interior están estructuradas u organizadas y hasta jerarquizadas alrededor de o a partir de una religión oficial o establecida; y de un *Estado no-confesional o no-religioso*,

si todas las relaciones en su interior no lo están o son independientes de la religión y, por supuesto, si no existe una religión oficial o establecida, tanto *de iure* como *de facto*.¹ Al respecto, la caracterización anterior coincide, con la de un *Estado laico o secular*. Es decir, aquél en que las relaciones a su interior no están estructuradas u organizadas ni mucho menos jerarquizadas a partir de la religión o de una religión establecida u oficial al ser independientes el uno de la otra y viceversa, *i.e.* al estar separados tanto el Estado como la(s) Iglesia(s), conforme al viejo apotegma bíblico de “Dar al César lo que es del César y a Dios los que es de Dios”.²

En pocas palabras, a partir del criterio religioso y teocrático, así como de las variables —teocrático y no-teocrático, confesional o religioso y no-confesional o no-religioso, recaracterizada como laico o secular— tenemos una tipología básica de Estados, misma que revisaremos un poco más adelante:

A. Teocráticos

B. No-teocráticos:

a) Confesional o religioso; y

b) Laico o secular (o bien, no-confesional o no-religioso).

II. REVISIÓN DE LA TIPOLOGÍA BÁSICA Y SUS PRINCIPIOS (EN EL CASO DE MÉXICO)

Cabe adelantar que las civilizaciones pre-colombinas, asentadas en lo que ahora es México, se caracterizaron por ser Estados teocráticos al fusionar la autoridad civil y la religiosa en una misma. En cambio, la Nueva España durante la era colonial, a pesar de la estrecha relación entre la corona española y la iglesia católica, se podría caracterizar como un Estado no-teocrático, pues la autoridad civil y la religiosa, estaban diferenciadas, pero ciertamente no separadas por completo y como tal se caracterizaba como un Estado confesional o religioso. Finalmente, es conveniente recordar que en la era independiente, a partir de la expedición de una primera generación de las *Leyes de Reforma* (1855-1857),³ las cuales fueron incorporadas en mayor o me-

¹ Cabe aclarar que no se posible abogar por un *Estado a-confesional o a-religioso*, es decir sin confesiones o religiones, sino que por el contrario es necesario defender uno con confesiones o religiones, porque no hacerlo sería contrario al respeto a los derechos humanos, en general, y a la(s) libertad(es) religiosas, en particular.

² *Vid.* Mateo 22:15-21; Marcos 12: 13-17; y Lucas 20: 20-25.

³ La primera generación de *Leyes de Reforma* abarca:

1) *Ley de administración de justicia y orgánica de los tribunales de la Nación, del Distrito y territorios o Ley Juárez* (23 de noviembre de 1855);

nor medida a los artículos 3º, 5º, 7º, 13, 27, y 123 de la Constitución de 1857, y con ello de la proscripción de una religión oficial, México dio los primeros pasos no solamente hacia una clara separación Estado-Iglesia sino además hacia la construcción de un Estado laico o secular.⁴

Por supuesto que en este proceso fueron clave, primero, la inclusión de una segunda generación —más radical o menos moderada— de *Leyes de Reforma* (1859-1863);⁵ segundo, la constitucionalización o incorporación con rango constitucional de las mismas (1873);⁶ y, finalmente, la reiteración de la laicidad en los principios fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en la ciudad de Querétaro, el 5 de febrero de 1917, y en vigor desde el 1º de mayo de ese mismo año, la cual consagra: la enseñanza laica (artículo 3º); la libertad para profesar la creencia religiosa de su agrado y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo (artículo 24); y el principio histórico de la separación Iglesia-Estado, al disponer entre otras cosas que “El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera” (artículo 130).⁷

Aun cuando, el Estado mexicano abrazó la laicidad, pero —dada la presencia de la iglesia católica— el pueblo mexicano en su amplia mayoría acogió la religión católica. Lo anterior generó no solamente tensiones sino además encuentros y desencuentros. Así, la reforma a la Constitución pu-

2) *Ley de desamortización de bienes raíces civiles y eclesiásticos* o *Ley Lerdo* (25 de junio de 1856); y

3) *Ley sobre obveniones religiosas* o *Ley Iglesias* (11 de abril de 1857).

⁴ Lo anterior sin desconocer —mucho menos negar— el antecedente remoto de la “primera” reforma de Valentín Gómez Farías, de 1833, cuyo artífice fue Andrés Quintana Roo.

⁵ La segunda generación de *Leyes de Reforma* comprende:

1) *Ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos (y de separación de la Iglesia y el Estado)* (12 de julio de 1859);

2) *Ley del matrimonio civil* (promulgada el 2 de julio de 1859 y publicada hasta el 23 de julio de 1859);

3) *Ley Orgánica del Registro Civil (y Ley sobre el estado civil de las personas)* (28 de julio de 1859);

4) *Decreto para la secularización de los cementerios* (31 de julio de 1859);

5) *Decreto sobre días festivos y prohibición de asistencia oficial a la Iglesia* (11 de agosto de 1859);

6) *Ley de Libertad de cultos religiosos* (4 de diciembre de 1860);

7) *Decreto sobre la secularización de los hospitales (y establecimientos de beneficencia)* (2 de febrero de 1861); y

8) *Decreto de extinción de las comunidades de religiosas* (26 de febrero de 1863).

⁶ Vid. Imer B. Flores, “La Constitución de 1857 y sus reformas: A 150 años de su promulgación” en Diego Valadés y Miguel Carbonell (eds.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 años de la Constitución de 1917*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 296-297.

⁷ La versión original de la Constitución de 1917 está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1917.pdf> (página consultada el 13/11/13).

blicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992,⁸ vino no sólo a regularizar las relaciones entre el Estado mexicano y las diferentes iglesias sino también a reglamentar diferentes situaciones, a partir de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, en vigor a partir del 16 de julio de 1992, un día después de ser publicada.⁹

Para efecto de reiterar la vigencia, por un lado, del principio histórico de la separación Estado-Iglesia; y, por el otro, el carácter laico del Estado mexicano, baste citar los artículos 1° y 3° de la misma:¹⁰

Artículo 1.- La presente Ley, fundada en el *principio histórico de la separación del Estado y las iglesias*, así como en la Libertad de creencias religiosas, es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de asociaciones, agrupaciones religiosas, iglesias y culto público. Sus normas son de orden público y de observancia general en el territorio nacional.

Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes.

Artículo 3o. *El Estado mexicano es laico*. El mismo ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, sólo en lo relativo a la observancia de la Constitución, Tratados Internacionales ratificados por México y demás legislación aplicable y la tutela de derechos de terceros.

El Estado no podrá establecer ningún tipo de preferencia o privilegio en favor de religión alguna. Tampoco a favor o en contra de ninguna iglesia ni agrupación religiosa.

Los documentos oficiales de identificación no contendrán mención sobre las creencias religiosas del individuo.

No obstante, a partir de esta reforma y de su reconocimiento, las diferentes iglesias ganaron mayor presencia, pero sobre todo la católica. A tal grado que no solamente se opuso de manera abierta a ciertas medidas legislativas en el Distrito Federal, tales como la interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas, la permisión de las sociedades de convivencia, primero, y la regulación de los matrimonios de personas del mismo sexo y la posibilidad de la adopción, después, sino que además promovió

⁸ El decreto de reforma está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/const-mex/pdf/rc121.pdf> (página consultada el 13/11/13).

⁹ La Ley está disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/26.htm?s=>; y con sus reformas en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/24.pdf> (páginas consultadas el 13/11/13).

¹⁰ Las cursivas son nuestras.

de modo velado una serie de reformas o legislaciones “anti-aborto” en diferentes entidades federativas. Con lo anterior se creó la percepción de que la naturaleza laica del Estado mexicano y que la separación Iglesia-Estado estaban en peligro o al menos en riesgo.¹¹

Aunque el artículo 3º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, consagra que “El Estado mexicano es laico” y, en consecuencia, no era estrictamente necesario, algunos abogamos por la necesidad de refrendar y hasta reiterar no sólo dicha calidad, pero con rango constitucional sino también la vigencia de las leyes de reforma.¹² Así, sobre todo ante una iniciativa de reforma —y para algunos de contrarreforma— del artículo 24 de la Constitución, apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de noviembre de 2012 una reforma al artículo 40 de la Constitución para explicitar tal carácter:¹³

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, *laica*, federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Finalmente, después de muchos vaivenes la iniciativa de reforma al artículo 24 constitucional fue aprobada y dio lugar a la reforma a la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 19 de julio de 2013, la cual modificó la redacción del primer párrafo de dicho numeral:¹⁴

¹¹ Vid. Imer B. Flores, “El Estado laico o secular, la(s) libertad(es) religiosa(s) y el respeto o tolerancia religiosa: A propósito del *Decreto sobre días festivos y prohibición de asistencia oficial a la Iglesia* (11 de agosto de 1859)”, en Patricia Galeana (coord.), *Secularización del Estado y la sociedad*, México, Siglo XXI y Senado de la República, 2010, pp. 294-298; y “Las proezas de la libertad en el Bicentenario de la Independencia y en el Centenario de la Revolución”, en Sergio Sarmiento (coord.), *Quinto Concurso de Ensayo “Camino de la Libertad”. Memorias*, México, Grupo Salinas, Fomento Cultural Grupo Salinas y Caminos de la Libertad, 2011, p. 147.

¹² Vid. Diego Valadés, “Reflexiones sobre el Estado Secular en México y en derecho comparado”, en Galeana, *loc. cit.* en la nota 11, p. 360; e Imer B. Flores, “El Estado laico o secular: libertad(es) religiosa(s) y el respeto o tolerancia religiosa”, en Rosa María Álvarez de Lara y Margarita Moreno Bonnet (eds.), *El estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, Tomo I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 437-438. Vid. también Flores, “El Estado laico o secular, la(s) libertad(es) religiosa(s) y el respeto o tolerancia religiosa”, *cit.* en la nota 11, pp. 298-300.

¹³ El decreto de reforma del artículo 40 está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/30112012R.pdf> (página consultada el 13/11/13).

¹⁴ El decreto de reforma del artículo 24 está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/19072013R.pdf> (página consultada el 13/11/13).

Artículo 24.- Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

Hoy en día, las preguntas obligadas son: cuál es el grado de dicha separación, sobre todo en un pueblo que todavía se considera a sí mismo como altamente católico o cristiano, y de qué tipo de Estado laico o secular hablamos. Para tal efecto comenzamos por retomar la evolución histórica de la separación Iglesia-Estado, así como de la(s) libertad(es) religiosa(s), y del respeto o tolerancia religiosa, con especial referencia al caso de México.

1. *Principio histórico de la separación Iglesia-Estado*

El principio citado está fundamentado sobre la necesidad de diferenciar la autoridad civil de la eclesiástica o religiosa y, en consecuencia, la de evitar confundir ambas, al grado de pretender que es posible fundirlas en una sola. Al respecto, John Locke advirtió —hace más de tres siglos en sus *Cartas sobre la tolerancia* en 1689:¹⁵

No es esta la ocasión para investigar o discutir sobre el origen de la dignidad eclesiástica; solamente es preciso señalar que, cualquiera que sea el origen de esa autoridad, siempre debe estar confinada dentro de los límites de la iglesia y no debe ser extendida a los asuntos mundanos, puesto que la iglesia es algo muy diferente del Estado y los asuntos mundanos. Los límites, por ambas partes, son fijos e inamovibles. Y quien desea confundir ambas sociedades, que por sus orígenes y sus fines son diferentes, mezcla de cielo y tierra, debe saber que se trata de cosas opuestas.

Además, Locke aclara: “Considero que el Estado es una sociedad constituida para conservar y organizar intereses civiles, como la vida, la libertad, la salud, la protección personal, así como la posesión de cosas exteriores, como tierra, dinero, enseres, etcétera.”¹⁶ Respecto a la Iglesia precisa:

¹⁵ Vid. John Locke, *A Letter Concerning Toleration*, New York, Prometheus Books, 1990. (Hay versión en español: “Carta sobre la tolerancia”, en *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, trad. Alfredo Juan Álvarez, México, Grijalbo, 1970.) (Las referencias a esta obra las haremos con respecto a esta última versión.) *Ibid.*, p. 29.

¹⁶ *Ibid.*, p. 20.

“Entiendo que es una asociación libre de hombres que de común acuerdo se reúnen públicamente para venerar a Dios de una manera determinada que ellos juzgan grata a la divinidad y provechosa para la salvación de sus almas.”¹⁷

De lo anterior es posible afirmar que la función del Estado es la de conservar los intereses civiles y posesiones exteriores de las personas, en cambio la de las Iglesias es la de salvar sus almas. A pesar de la separación entre Iglesias y Estado se mantienen una estrecha relación, sobre todo por el hecho de que el Estado debe garantizar no solamente la libertad religiosa para creer o no —ámbito interno— sino además la libertad de expresión y la de asociación para practicar o no el culto respectivo —ámbito externo.

La pregunta obligada es cómo mantener la separación Iglesia-Estado, de un lado, y al mismo tiempo garantizar el ejercicio de tales derechos, del otro, pues como se dice comúnmente “el diablo está en los detalles”. De tal suerte, la separación Iglesia-Estado implica la neutralidad por parte del Estado ante las diversas Iglesias o religiones, al grado de equiparar *laicidad* con *neutralidad* en materia religiosa. La laicidad o neutralidad en materia religiosa sugiere que el Estado en principio se abstiene o no interviene al grado de parecer indiferente ante las pretensiones de las diferentes partes, *i.e.* Iglesias; y, en consecuencia, no puede tomar partido a favor o en contra ni mucho menos puede imponer la concepción de una de las partes a los demás.

A dicha neutralidad la calificamos como *pasiva* o *negativa* y la caracterizamos como la completa *abstención* o *no intervención* por parte del Estado en asuntos religiosos, principio análogo al celeberrimo *laissez faire, laissez passer*, *i.e.* “dejar hacer, dejar pasar”, en materia económica. El problema es que muchas veces no basta con adoptar una mera neutralidad pasiva o negativa caracterizada como abstención o no intervención puesto que la misma inacción refuerza el estado de cosas y como tal parecería que el Estado al no tomar parte acaba no sólo por tomar partido sino también por imponer la concepción de una de las partes a los demás. No obstante, a la neutralidad pasiva o negativa podemos contraponer otra forma de neutralidad. A esta nueva neutralidad la calificamos como *activa* o *positiva* y la caracterizamos como *colaboración* o *cooperación* entre el Estado y las diferentes Iglesias en asuntos religiosos, pero entendida siempre en términos de equidad y como tal de imparcialidad.¹⁸ Ahora bien, un nuevo problema es que en algunas

¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹⁸ Cabe clarificar que los calificativos “negativa” y “positiva” —aplicados a laicidad o neutralidad en materia religiosa— no se refieren ni se deben referir a la consideración subjetiva del fenómeno, la cual puede ser mala o buena, sino a la caracterización objetiva del fenómeno, la que puede requerir por parte del Estado un no hacer, es decir abstenerse o

ocasiones el apelar a la neutralidad activa caracterizada como colaboración o cooperación se establece la misma solamente con la religión dominante o en formas desproporcionadas respecto a las demás religiones. La cuestión —como en muchas otras materias— es la de asegurar que la colaboración o cooperación no constituya un beneficio en favor de una de las religiones o un perjuicio en contra de las demás religiones, sino que el trato no sea diferenciado o privilegiado, al ser en los mismos términos o al menos proporcional, o como se dice vulgarmente: “ni tanto que quemé al santo, ni tanto que no lo alumbre”.

2. *Libertad(es) religiosa(s)*

Sin intención de agotar el tema de la(s) libertad(es) religiosa(s), debemos acentuar que ésta consiste principalmente en: la libertad tanto para creer como para no-creer en una confesión o religión, lo cual comprende: la libertad de conciencia —consonante a la de pensamiento— para tener o no una creencia religiosa y pertenecer a una confesión o religión, e inclusive cambiar de una a otra; y la libertad de cultos —correspondiente a la de expresión y a la de asociación— para profesar o no una confesión o religión, al grado de manifestar o no sus creencias, propagarlas y hasta defenderlas, así como de asociarse o no con otros para participar en las ceremonias propias de la misma. De tal guisa que no es posible hablar de una única libertad religiosa sino de varias libertades religiosas, mismas que comprenden ámbitos tanto internos como externos y que se ejercen no solamente como ser con individualidad sino además como miembro de una comunidad.

Al respecto, baste comenzar por citar la redacción anterior del artículo 24, a partir de la reforma a la Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992:

Artículo 24.- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto público respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

no intervenir, o bien, un hacer, esto es actuar al grado de que es posible incluso colaborar o cooperar.

Aun cuando, el texto citado parecía sugerir que la libertad es sólo para los creyentes, quienes profesan una creencia religiosa y/o practican el culto respectivo, pero a partir de su contexto, en nuestra opinión, la interpretación correcta sería que la libertad religiosa abarcaba tanto a los creyentes que profesan una creencia religiosa y/o practican el culto respectivo como a los no-creyentes que no profesan ninguna creencia religiosa ni mucho menos practican un culto. Así, en nuestra opinión, la libertad religiosa para creer o no, así como participar o no en el culto respectivo, implica la posibilidad de apelar a la libertad u objeción de conciencia para no tener que realizar ciertos actos.¹⁹

Como ya mencionamos, el párrafo primero del artículo 24 fue modificado, mediante la reforma a la Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19 de julio de 2013. Si bien, nos parece que la reforma era innecesaria —o al menos no era estrictamente necesaria— resulta que la nueva redacción es más afortunada al explicitar que, además —y hasta con independencia— de la posibilidad de profesar y practicar una religión, puede tener o adoptar una convicción ética de su agrado e inclusive a partir de su libertad de conciencia formular una objeción para realizar o no determinados actos, con lo cual queda zanjada cualquier disputa sobre el punto al constitucionalizar la libertad de conciencias.²⁰

3. *Respeto y tolerancia religiosa*

Sin interés de reducir el tema del respeto y la tolerancia a la(s) libertad(es) religiosa(s),²¹ me gustaría enfatizar que ello implica y debe implicar necesariamente el respeto y la tolerancia a la(s) libertad(es) religiosa(s) de los demás. Por supuesto, que bastaría con el respeto a la(s) libertad(es) religiosa(s)

¹⁹ En mi parecer el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, el cual dispone “Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”, es contrario a la Constitución general de la República y que en dado caso debería ser declarado inconstitucional.

^{Sobre} la libertad de conciencia, *vid.* Martha C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008. (Hay versión en español: *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos*, trad. Alberto E. Álvarez y Araceli Mayra Benítez, México, Tusquets editores, 2010.)

²⁰ *Vid. supra* nota 19.

²¹ Cabe precisar que entendemos por ‘respeto’ la consideración o reconocimiento a alguien o algo como valioso en sí, y por ‘tolerancia’ —como una forma de respeto— la consideración o reconocimiento a alguien o algo como valioso en sí, a pesar de no coincidir o no considerarlo como tal.

de los unos a los otros y viceversa. Sin embargo, ante la imposibilidad de poder garantizar dicho respeto es necesario consagrar al menos la tolerancia, en general, y la tolerancia religiosa, en particular, como es ya un lugar común desde que Locke escribió sus *Cartas*. Al respecto, nos permitimos reproducir unas cuantas ideas que son relevantes para este texto

En primerísima instancia, en lo referente a la *tolerancia*, de un lado, enfatiza:²²

[N]ingún hombre puede atentar contra o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que éste se declare ajeno a la religión y rito de aquél. Los derechos que le pertenecen como ciudadano deben rodearlo permanentemente, ya que no son asunto de religión. Trátese de un cristiano o un pagano, hay que evitar la violencia y la injusticia.

Y, del otro, exalta:²³

Y lo dicho en torno a la tolerancia entre particulares debe ser extendido también a las iglesias, las cuales son entre sí como personas particulares, y ninguna tiene derecho sobre otra, ni en los casos en que el gobernante pertenezca a alguna, pues el Estado no puede dar a la iglesia ningún derecho ni ésta a aquél. Sea que el gobernante pertenezca a una comunidad o a otra, sea que se separe de ella, la iglesia en cuestión continuará siendo lo que era, una sociedad libre; no adquirirá el respaldo de la espada porque el gobernante venga a ella ni perderá el derecho a adoctrinar o excomulgar porque el gobernante se separe.

En segundo lugar, en lo tangente al deber de *tolerancia* a todas las *religiones* por igual, resalta:²⁴ “[E]l gobernante debe tolerarlas ya que se trata en estas asambleas sólo cuanto la ley permite a cada hombre en particular, o sea, la salvación del alma. Y en esta materia no existe ninguna distinción entre la iglesia oficial y las que difieren de ella”.

Y, en tercer término, en lo tocante a la *tolerancia* a los *disidentes*, subraya:

Al punto cesarían estas acusaciones si la tolerancia, establecida a favor de quienes es debido, fuese de tal índole que toda iglesia se obligara a enseñarla y a ponerla como piedra angular de su propia libertad. O sea, que quienes son disidentes en materias sacras han de ser tolerados y nadie debe ser obligado en materia de religión por la ley o la fuerza.

²² Locke, *cit.* nota 15, p. 26.

²³ *Ibid.*, p. 27.

²⁴ *Ibid.*, p. 36.

Antes de concluir este apartado, solamente resta sugerir que cuando no se consigue que el respeto o tolerancia religiosa sean una normalidad ha sido necesario, a partir de las declaraciones tanto internacionales como regionales en materia de derechos humanos, reformar la normatividad nacional para incluir, a la par de la(s) libertad(es) religiosa(s), principios tales como la no discriminación —o mejor dicho la prohibición de no discriminación— motivada por creencias religiosas. Al respecto, cabe reproducir el ahora quinto párrafo del actual artículo 1° de la Constitución conforme a la reforma en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011:²⁵

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

III. MODELOS DE ESTADO: CONFESIONAL O RELIGIOSO

VIS-À-VIS LAICO O SECULAR

Al final del apartado introductorio, habíamos presentado una tipología básica de Estados, a partir de algunas variables —teocrático y no-teocrático, confesional o religioso y no-confesional o no-religioso, recaracterizado como laico o secular—, pero al introducir las variables tanto de la(s) libertad(es) religiosa(s) como del respeto y tolerancia religiosa, nuestra tipología requiere de algunos ajustes.

Por una parte, el Estado confesional o religioso *debe* garantizar la(s) libertad(es) religiosa(s) de los creyentes en la religión oficial, pero *puede* hacer lo mismo con la(s) de los creyentes en alguna otra religión, de los no-creyentes, de los laicos o seculares, así como consagrar el respeto y la tolerancia religiosa de todos —creyentes o no-creyentes, laicos o seculares— por igual. No obstante, *puede* ser el caso en que no se ocupe ni preocupe por garantizar la(s) libertad(es) religiosa(s) de los creyentes en alguna otra religión, de los no-creyentes y de los laicos o seculares, ni mucho menos muestre respeto o tolerancia religiosa hacia cualquiera de éstos.

Por otra parte, el Estado laico o secular *debe* garantizar por igual la(s) libertad(es) religiosa(s) de los creyentes en cualquier religión, de los no-cre-

²⁵ El decreto de reforma está disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/const-mex/pdf/10062011r.pdf> (página consultada el 13/11/13). (Las cursivas son nuestras.)

yentes y de los laicos o seculares, así como consagrar el respeto o la tolerancia religiosa de todos: creyentes, no-creyentes, laicos o seculares. Sin embargo, *puede* ser el caso que no se ocupe ni se preocupe por garantizar la(s) libertad(es) religiosa(s) de los creyentes en cualquier religión, de los no-creyentes o de los laicos o seculares, ni mucho menos muestre respeto o tolerancia religiosa hacia cualquiera de éstos.

Por supuesto que el Estado confesional o religioso y el laico o secular pueden garantizar la(s) libertad(es) religiosa(s), así como el respeto o tolerancia religiosa, de todos por igual, creyentes y no-creyentes, pero lo que en realidad los define es el respeto o tolerancia a los demás, a los diferentes, a los otros. En el caso del Estado confesional o religioso el respeto y tolerancia a los no-creyentes en la religión oficial, es decir los laicos o seculares, y en el Estado laico o secular el respeto y tolerancia a los creyentes, esto es los religiosos. Tan malo es un Estado confesional o religioso que no respeta ni tolera a los laicos o seculares como un Estado laico o secular que no respeta ni tolera a los religiosos.

Con base en lo anterior, nuestra tipología de Estados, a partir del criterio religioso, ya revisada, quedaría:

A. Teocráticos; y

B. No-teocráticos:

a) Confesional o religioso:

i. Respetuoso y tolerante; y

ii. No-respetuoso y no-tolerante; y

b) Laico o secular (o bien, no-confesional o no-religioso):

i. Respetuoso y tolerante; y

ii. No-respetuoso y no-tolerante.

Como se puede apreciar, hay dos modelos que constituyen extremos viciosos, a saber un Estado confesional o religioso no-respetuoso y no-tolerante, y un Estado laico o secular no-respetuoso y no-tolerante, pero además podemos encontrar dos modelos que constituyen en principio un término medio virtuoso, a la sazón un Estado confesional o religioso respetuoso y tolerante, y un Estado laico o secular respetuoso y tolerante. Por supuesto que bastaría con ser respetuoso y tolerante de unos y otros. Al respecto, me gustaría enfatizar que esta posibilidad ha quedado evidenciada con el diálogo fructífero entablado en Baviera el 19 de enero de 2004 entre Jürgen Habermas y el entonces cardenal Joseph Ratzinger (después Benedicto XVI).²⁶

²⁶ Vid. Jürgen Habermas y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, trad. Pablo Largo e Isabel Blanco, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Por ello, recharacterizamos al Estado confesional o religioso respetuoso y tolerante como modelo Ratzinger y al laico o secular respetuoso y tolerante como modelo Habermas.

Así, claro está que un verdadero Estado confesional o religioso debe ser respetuoso y tolerante no solamente del laico o secular, incluidos agnósticos y ateos, sino además de creyentes en otras religiones, y que un verdadero Estado laico o secular debe ser respetuoso y tolerante del creyente o religioso, como anota Habermas:²⁷

El concepto de tolerancia en sociedades pluralistas concebidas liberalmente no sólo considera que los creyentes, en su trato con no creyentes y con creyentes de distinta confesión, son capaces de reconocer que lógicamente siempre va a existir cierto tipo de disenso, sino que por otro lado también se espera la misma capacidad de reconocimiento —en el marco de una cultura política liberal— de los no creyentes en su trato con los creyentes.

Ahora bien, también está claro que cuando un Estado tanto confesional o religioso como un laico o secular no son respetuosos ni tolerantes degeneran en Estados fundamentalistas, ya sea de fundamentalismo religioso, el cual podemos caracterizar como de cruzada, de guerra santa, o de *yîhād* en árabe (*jihad* en inglés o *djihad* en francés), de un lado, y como de fundamentalismo no-religioso, el cual podemos caracterizar como jacobino, come curas, laicista o de laicismo extremo o radical, del otro. Para ilustrar ambos extremos viciosos del fundamentalismo tanto religioso como no-religioso, me permito resaltar los casos de los “minarettes” en Suiza; y, de los “nichos religiosos” en México.

Por una parte, resulta que ante la existencia de cuatro mezquitas en el territorio suizo y el aumento en el número de practicantes de la religión musulmana en Suiza, a propuesta del Partido Popular Suizo (SVP-UDC) los suizos aprobaron vía referéndum con el 57.5% a favor y con una participación de alrededor del 55% una prohibición para construir “minarettes”, *i.e.* las altas torres con balcones adjuntos a las mezquitas de los musulmanes.²⁸ Cabe señalar que dichas torres son parte esencial de las mezquitas y

²⁷ Jürgen Habermas, “¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático de derecho?”, en *loc. cit.* en la nota 26, pp. 31-32.

²⁸ Cabe señalar que la votación a favor del 57.5% con una participación de apenas del 55% da una mayoría (relativa) de tan solamente 31.6% del total. Sirva esta aparente digresión para apuntar lo delicado de dejar a las supuestas mayorías la toma de decisión sobre los derechos y libertades de los demás, sobre todo de las minorías, como lo apunta el mismo Joseph Ratzinger, “Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado liberal”, en *loc. cit.* en la nota 26, p. 39: “Pero también las mayorías pueden ser ciegas

que al prohibir la construcción de las mismas, se prohibía la construcción de mezquitas nuevas y si bien no se prohibía la religión musulmana en sí, al menos sí se le oprime al afectar, anular o menoscabar las libertades religiosas de los musulmanes y, en consecuencia, al no ser tolerados ni mucho menos respetados.²⁹

Por otra parte, para ejemplificar el caso de los “nichos religiosos” y un tanto como anécdota personal, resulta que en el seno del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), un consejero universitario manifestó cierta inquietud sobre el asentamiento de “nichos religiosos”, *i.e.* altares o capillas con imágenes o símbolos, en el campus de Ciudad Universitaria y hasta sugirió que como eran “ilegales”, al contravenir, en su opinión, la legislación universitaria, deberían ser removidos. En mi opinión, cierto es que a partir de lo dispuesto por la Constitución general de la República, en sus artículos 3° (la educación pública será laica), y 130 (el principio histórico de la separación Iglesia-Estado), resulta que la UNAM es una institución pública y, en consecuencia, laica, que como tal no puede auspiciar (sobre todo con recursos públicos) dichos asentamientos. Así mismo, claro está que la legislación universitaria consagra los principios tanto de laicidad como de separación Iglesia-Estado, pero de ahí no se sigue que esté(n) prohibida(s) la(s) libertad(es) religiosa(s). Al respecto, considero que dichos asentamientos son “irregulares” y que en dado caso habría que proceder a regularizarlos mediante la reglamen-

o injustas. La historia de buena prueba de ello. ¿Se puede seguir hablando de justicia y de derecho cuando, por ejemplo, una mayoría, incluso si es grande, aplasta con leyes opresivas a una minoría religiosa o racial?”

Sobre la crítica a la concepción mayoritaria de democracia y la defensa de la concepción societaria de democracia, en general, *vid.* Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006. (Hay versión en español: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. Ernest Weikert García, Barcelona, Paidós, 2008.) *Vid.* también Imer B. Flores, “Democracia y polarización: ¿(in) compatibilidad?”, en Luis T. Díaz Müller (coord.), *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, pp. 100-104.

Sobre la relación de la democracia con la laicidad, *vid.* Dworkin, “Religion and Dignity”, en *Is Democracy Possible Here?*, *cit.* en esta misma nota, pp. 52-89 (pp. 73-117); y su libro póstumo: *Religion without God*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013, en especial, pp. 105-147. *Vid.* también Jorge Carpizo, “150 años de las leyes de Reforma”, *Revista de la Universidad de México*, Nueva Época, No. 63, mayo, 2009, en <http://www.revista delauniversidad.unam.mx/6309/carpizo/63carpizo03.html> (página consultada el 13/11/13): “La autocracia puede ser protestante, musulmana, hinduista o budista, pero la democracia es laica o no es democracia.”

²⁹ Sobre el caso de los “minarettes”, *vid.* por ejemplo http://elpais.com/diario/2009/11/30/internacional/1259535607_850215.html (página consultada el 13/11/13).

tación correspondiente, pero en ningún caso llegar a prohibirlos ni mucho menos removerlos.³⁰

Ahora bien, tan malo es un fundamentalismo religioso que oprime o persigue a las demás religiones y sus manifestaciones como un fundamentalismo no-religioso que oprime o persigue a todas las religiones y sus manifestaciones. En otras palabras, tan malo es no respetar ni tolerar en un Estado confesional o religioso a los laicos o seculares, así como a los creyentes en otras religiones, como en un Estado laico o secular a los creyentes o religiosos.³¹

Al respecto, vale la pena recordar las palabras de Benedicto XVI en su Carta Encíclica *Deus Caritas Est*:³²

El Estado no puede imponer la religión, pero tiene que garantizar su libertad y la paz entre los seguidores de las diversas religiones; la Iglesia, como expresión social de la fe cristiana, por su parte, tiene su independencia y vive su forma comunitaria basada en la fe, que el Estado debe respetar. Son dos esferas distintas, pero siempre en relación recíproca.

Por su parte, Jorge Mario Bergoglio, en su calidad de papa Francisco, reconoció en uno de sus Discursos y lo ha reiterado con hechos durante su pontificado: “Favorable a la pacífica convivencia entre religiones diversas es la laicidad del Estado que, sin asumir cómo propia cualquier posición confesional, respeta y valora la presencia del factor religioso en la sociedad, favoreciendo sus expresiones concretas.”³³

³⁰ Con esa lógica llegaríamos al extremo de prohibir las manifestaciones religiosas en cualquier espacio, institución o vía pública, tales como escuelas u universidades, como sería por ejemplo el caso de prohibir que en el Estadio México 68, ubicado en la Ciudad Universitaria, los jugadores de fútbol se persiguen al entrar o salir del juego, o bien al anotar un gol.

³¹ Sobre la (in)tolerancia religiosa, *vid.* Martha C. Nussbaum, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2012; y Brian Leiter, *Why Tolerate Religion?*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

³² La “Carta Encíclica *Deus Caritas Est* del sumo pontífice Benedicto XVI a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas y a todos los fieles laicos sobre el amor cristiano”, Segunda parte, § 28 a), está disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est_sp.html (página consultada el 13/11/13).

³³ El “Discurso del Papa Francisco ante políticos y representantes sociales de Brasil”, en Rio de Janeiro, el 27 de julio de 2013, está disponible en: <http://www.infolatam.com/2013/07/27/discurso-del-papa-francisco-ante-politicos-y-representantes-sociales-de-brasil/> (página consultada el 13/11/13).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN HACIA UN MODELO DE ESTADO LAICO O SECULAR RESPETUOSO Y TOLERANTE

Si bien, como ya advertimos, los dos modelos, tanto el confesional o religioso como el laico o secular, cuando son verdaderamente respetuosos y tolerantes, ocupan el término medio virtuoso, el problema es que dadas algunas creencias o dogmas religiosos resulta que el modelo confesional o religioso al parecer no puede ser respetuoso y tolerante de los demás. Baste pensar en temas tales como el aborto, incluida la interrupción del embarazo en las doce primeras semanas, la eugenesia, la eutanasia, la fertilización *in vitro*, la investigación con células madres, la libertad sexual y reproductiva, el matrimonio de personas del mismo sexo, los métodos anticonceptivos, incluida el condón y la llamada píldora del día siguiente... donde parece que al menos la iglesia católica y su feligreses quieren imponer su concepción a los demás.

En este sentido, me parece que el modelo laico o secular respetuoso y tolerante al no imponer ni pretender imponer una concepción a los demás sino que al garantizar las diversas concepciones es el que está mejor situado para ocupar el término medio virtuoso. Lo anterior, como ya afirmamos, siempre y cuando no imponga una concepción y sea verdaderamente respetuoso y tolerante de todas las concepciones. Sin embargo, como ya vimos, el problema es que la neutralidad pasiva o negativa puede acabar por reforzar una concepción sobre las demás y por ello entendemos que se debe adoptar una neutralidad activa o positiva, pero siempre en términos de equidad y como tal de imparcialidad, al garantizar todas las concepciones por igual, como ejemplificamos a continuación.

Para tal efecto baste reflexionar sobre un caso resuelto por unanimidad por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificado como Amparo en Revisión 502/2007, sobre la necesidad de armonizar laicidad, libertad religiosa y régimen de convivencia.³⁴

Resulta que ya divorciados y establecido un régimen de convivencias, el padre —a quien llamamos *Judeus* porque profesa la religión judía— y la madre —a quien llamamos *Athea* porque al parecer ya no profesaba la religión y presumiblemente se había vuelto atea— que tenía la custodia de la menor, tuvieron que regresar a los tribunales pues el padre solicitó la ampliación del

³⁴ Vid. José Ramón Cossío Díaz, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, No. 112, abril, 2008, pp. 64-65 (el texto reproduce el voto concurrente formulado por el ministro Cossío Díaz y está disponible en: <http://www.letraslibres.com/revista/convivio/laicidad-del-estado-y-libertad-religiosa-como-armonizarlas?page=full>, página consultada el 13/11/13).

régimen de convivencias, *i.e.* visitas y vacaciones, para poder inculcar en su hija la religión judía al llevarla a las festividades y tradiciones de la misma.

El asunto fue conocido en primera instancia por una Sala Familiar y en apelación por un Tribunal Colegiado de Circuito. En ambos casos la resolución fue básicamente que dada la neutralidad pasiva o negativa, el Estado mexicano —en este caso por conducto de los jueces tanto locales como federales— no podía hacer nada porque tenía que abstenerse o no intervenir pues consideraron que de hacerlo violarían o al menos violentarían la laicidad, pues al pronunciarse acabarían por imponer una concepción sobre las demás. Sin embargo, el problema es que al no hacerlo acaban por reforzar la primacía de una concepción sobre las demás y con ello podrían llegar a anular o menoscabar la libertad religiosa no solamente de al menos uno de los progenitores sino además de la menor. Por el contrario, la Suprema Corte consideró que la neutralidad del Estado no se podía entender ni mucho menos justificar como inacción, sino que era necesario que la Sala Familiar procediera a armonizar la laicidad con la libertad religiosa. Para tal efecto resolvió que se tenía que garantizar tanto el derecho del padre para exponer a la menor a los principios y prácticas de la religión judía como el de la madre para exponerla a otros principios y prácticas, y de alguna forma también el derecho a la menor quien es su momento estará en condiciones de optar por la que ella prefiera, cualquiera de las dos, una tercera o ninguna.

Por todo lo anterior no me resta sino concluir que es necesario consolidar un Estado laico o secular respetuoso y tolerante de todas las concepciones religiosas o no, y que lo anterior requiere de un mejor entendimiento del principio de neutralidad, misma que no puede ser meramente pasiva y negativa sino que en algunos casos debe ser activa y positiva, pero siempre en términos de equidad y como tal de imparcialidad.

LO LÓGICO, LO ÉTICO Y LO ESTÉTICO
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL
PARA LA REFLEXIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Amelia GASCÓN CERVANTES*

SUMARIO: I. *¿Para quién escribimos?* II. *¿Cuál es el Problema?* III. *¿Qué hacer?* IV *Conclusiones parciales.* V. *Bibliografía.*

I. ¿PARA QUIÉN ESCRIBIMOS?

Dado que el tiempo es el bien máspreciado con el que contamos (eterno en abstracto, pero irrecuperable y finito en lo concreto), no sería prudente distraerles en reflexiones “inútiles”, sea esto por no tener un punto de interés común, o bien, porque no existe un punto de coincidencia sobre cómo abordar el problema que nos interesa, en común, resolver. Partimos, pues, del planteamiento que hace el profesor italiano Paolo Grossi, quien con una “buscada serenidad crítica” en la *primera lección de Derecho*¹ informa al novel estudiante sobre el estado actual que guarda su objeto y objetivo de estudio, destacando como problema central que el Derecho en nuestro tiempo es un ente ajeno al hombre de la calle, por estar alejado de la cultura y situado fuera de la historia, lo que le ha condenado a ser asociado más a la arbitrariedad que a la justicia, porque ha sido visto como *contenedor social* y no como *ordenador* de la realidad cultural condicionada por la historia de cada comunidad². Entonces este escrito, pretende ser una colaboración modesta para “la producción de

* Docente de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, México e integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en la Sección Mexicana.

¹ Extraordinario trabajo de síntesis histórico-jurídico producto, creemos, de la experiencia individual vinculada al conocimiento científico de lo social e histórico de las culturas y la observación profunda de la práctica jurídica a lo largo de los años. Grossi, Paolo, *La primera lección de Derecho*, trad. de Clara Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 16.

² *Ibidem*, nota 2, pp. 21- 26.

los juristas sensibles y abiertos”³ que consideran una necesidad social y una responsabilidad individual contribuir a rectificar el rumbo actual del Derecho, pues la dirección dada por el absolutismo jurídico moderno que “nos ha acostumbrado a leyes que repugnan la conciencia común, que quizá también son rechazadas en su fuero interno por el hombre de sentido común pero, al fin, leyes sufridas y observadas para evitar reacciones del poder constituido”,⁴ no está facilitando o entorpeciendo, la labor del Derecho.

II. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

En palabras de Gustavo Zagrebelsky el problema y, a su vez, el reto a superar con el nuevo esquema Constitucional se plantea de la siguiente manera:⁵

El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha “mecanizado” y “tecnificado”. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del ordenamiento jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del Derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido” “Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de *principios y valores* constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.

Pero entonces surge la necesidad de reflexionar sobre la base, fundamento y naturaleza de ese conjunto de *principios y valores*, puesto que “proponer una forma de conducta sin discutir su base, equivale a ocultar más o menos hábilmente, una mandamiento que no tendría más valor para la

³ *Ibidem*, p. 21.

⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6a. ed., trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trota, 2005, pp. 39 y 40.

libre personalidad del hombre que el Decálogo de Moisés”.⁶ ¿Cómo evitar este riesgo en el paradigma Constitucional actual? Desgraciadamente no es este documento el que contiene la respuesta integral pero sí —esperamos— un bosquejo que nos permita anticipar potenciales inconvenientes de la nueva estrategia del Derecho para cumplir su función de regulador de conducta humana en nuestro tiempo a través de dicha unidad de principios y valores.

Hemos organizado las ideas considerando, *lo lógico, lo ético y lo estético* en el trabajo constitucional actual, por representar *lo verdadero, lo bueno y lo bello* respectivamente, es decir, tres aspiraciones fundamentales y permanentes que (como motor inspirador o de reclamo), han definido el desarrollo y evolución de la humanidad.

1. *Lo lógico*

Lo lógico, para el tema que nos ocupa, lo deducimos de tres aspectos: A. La experiencia histórica-jurídica. B. El diagnóstico de la realidad humana actual. C. Los contenidos, necesidades y posibilidades derivadas del conocimiento científico.

A. *La experiencia histórica-jurídica*

Si como señala Cuauhtémoc Manuel de Dienheim “la expansión de los Derechos Humanos más allá de las fronteras nacionales y la interacción entre el derecho comparado y el derecho internacional han venido a configurar, de esta manera, un nuevo *ius commune* de los derechos humanos”⁷ entonces resulta necesario por lógico apreciar la experiencia histórica, porque en otros tiempos ya hemos tenido la iniciativa del unificar criterios normativo con validez general en espacio y tiempo, por ejemplo, como señala el historiador del Derecho José Sánchez-Arcilla:⁸

El recuerdo del Imperio Romano no desapareció nunca de la Europa altomedieval. La idea de un gobierno único para toda la cristiandad intentó llevarse a la práctica con la restauración del Imperio verificada por la dinastía de los

⁶ Lombardo Toledano, Vicente, *Breve historia del problema moral*, México, Centro de estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, 1994, p. 148.

⁷ Dienheim Barriguete, *Cuauhtémoc Manuel, Constitucionalismo Universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 88.

⁸ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Cálamo, 2001, pp. 185, 186, 304 y 305.

Otones en Alemania. Implícita en la idea del *unum imperium* se hallaba la doctrina defendida por los glosadores del *unum ius*: sólo el derecho romano justiniano y moderno emanado por los emperadores medievales eran el único y verdadero derecho. Las restantes fuentes legislativas no tenían el carácter de derecho y, en consecuencia, no podían derogar al derecho romano. La concepción del *unum ius, unum imperium* no era más que una utopía. Los glosadores comprendieron que intentar negar la validez de los ordenamientos jurídicos de todos los reinos, principados y repúblicas, era algo tan antihistórico como imposible, por ello invirtieron el planteamiento: todos esos derechos tenían, en definitiva su origen en el derecho romano [entonces] si los siglos XVI y XVII marcaron el momento de auge y esplendor del *ius commune*, el siglo XVIII está presidido por la reacción con éste y su declive. A esto contribuyó el triunfo del absolutismo regio desencadenando la tensión *Estado moderno-ius commune*, que en nuestras fronteras [España] adquirió dimensión real. El propio Estado fue el que libró la batalla de la prioridad —y casi exclusividad del derecho regio —estatal— sobre el viejo *ius commune*... [en 1713] se intentó que las universidades introdujeran en sus planes de estudio la enseñanza del derecho regio, sin que esta medida llegara a tener efectos prácticos ante la actitud de resistencia de las universidades... las críticas contra el derecho romano por parte de los juristas no cesaron porque el *ius commune* había acabado por desembocar en la rutina y el vulgarismo. Por otro lado, el divorcio existente entre los estudios universitarios y la práctica cotidiana y forense acabó por generar toda una literatura de prácticas civiles y criminales en las que se manifestaba lo innecesario del derecho romano y canónico.

Se dice comúnmente que “quien no conoce la historia está condenado a repetirla” y aunque es imposible la repetición concreta de los acontecimientos, se puede observar cada uno de esos acontecimientos y reconocer los rasgos esenciales de la acción humana que se traducen en constantes del proceder social, anticipando resultados, por tanto, las *etapas del proceso* y las constantes en las *circunstancias generadoras* del proceder social, son las que si se pueden registrar como elementos valiosos para aprovechar la historia, entonces ¿el fenómeno del *Ius commune* medieval, puede ser una referencia válida a considerar para el reto que se ha puesto el Derecho Constitucional en relación con la definición universal de derechos y estrategia de aplicación generalizadas o, definitivamente, hemos evolucionado social y jurídicamente como para tener la tranquilidad de que no serán nuevamente *factores reales y predominantes de poder* los que construyen, de nuevo, los parámetros de conducta reflejados en esos principios y valores que pretendemos sean de validez y aplicación universal? Lo que tenemos claro es que quien desconoce su historia está condenado a desconocer su naturaleza, ese es el castigo real

de tal descuido y si esto sucede, nada de lo que se diga, por hermoso que se hable o se escriba será útil.

B. *Diagnóstico de la realidad humana actual*

Gustavo Zagrebelsky indica que:⁹

Las sociedades pluralistas actuales -marcada por la diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivos o dominante- asignan a la Constitución ya no la tarea de establecer directamente un *proyecto predeterminado de vida en común*, sino de realizar las condiciones de posibilidad de la misma... Esta es la naturaleza de las Constituciones democráticas en la época del pluralismo... en esta circunstancia hay quien ha considerado posible substituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado... por la Soberanía de la Constitución.

Saltan de inmediato las siguientes preguntas ¿nos hemos librado realmente de la programación general? ¿Podría considerarse que los Tratados Comerciales y de Seguridad (fundamentalmente) desde el ámbito internacional diseñan, planean y establecen los tiempos de ejecución de dichos programa? ¿Hay garantía de que en esos acuerdos internacionales hay espacio para que esa pluralidad social, busque, encuentre y realice sus propios objetivos? ¿Sin cambiar las relaciones humanas en relación a la forma de producir y la de distribuir y acceder a la riqueza podemos aspirar a un cambio de realidad jurídica en la que prevalezcan los principios y valores por sí mismos?¹⁰ Zagrebelsky sólo nos da referencia de que:¹¹

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, 13.

¹⁰ Según los resultados de la medición de la pobreza de 2012, publicados el 29 de julio de 2013 por el Consejo Nacional de Evaluación Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en México el 45.5% de la población mexicana está en pobreza, es decir, el 53.3 millones de mexicanos y sólo el 23.2% no es ni pobre, ni vulnerable. La UNESCO informa que la mitad de los 57 millones de niños analfabetos en el mundo están en países en conflicto y aunque se reconoce que el número de analfabetos ha disminuido en los últimos años, también se reconoce que a esos países en conflicto no se ha podido disminuir el número. Por tanto, más allá de las diferencias de grupo, hay una división social material que la condiciona esencialmente hasta para definir cuáles son sus intereses reales de grupo. Ver respectivamente:

http://www.coneval.gob.mx/Informes/Coordinacion/Pobreza_2012/RESUMEN_EJECUTIVO_MEDICION_POBREZA_2012_Parte1.pdf

Artículo de la UNESCO publicado el 7 de julio de 2013 *La mitad de los niños no escolarizados vive en países afectados por conflictos*, en http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unesco_half_of_all_out_of_school_children_live_in_conflict_affected_countries/

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 11.

Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado... La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas y sociales, etc., de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara.

Entonces, tal vez, esa pluralidad social que nos identifica actualmente, sólo se podría ejercer, desde el contexto constitucional nacional actual, pero también es probable que no podamos ejercer esos derechos desde nuestra identidad de grupo, por las estrategias programáticas internacionales.

C. *Los contenidos, necesidades y posibilidades derivadas del conocimiento científico.*

Uno de los temas fundamentales de nuestro tiempo para el trabajo académico-científico está condicionado por el diálogo multidisciplinar que se hace necesario porque las soluciones esperadas derivan de la reflexión transdisciplinar. En opinión de Diego Valadés:¹²

La magnitud de la respuesta ante la innovación en el siglo de las luces no guarda proporción con lo que sucede en la era del conocimiento. Esto es sintomático, y debe ser valorado por los juristas, porque la producción de normas insuficientes, deficientes o extemporáneas, afectaría las tareas de los científicos... También se presenta otro problema, no menor: la capacidad social para procesar los efectos de las innovaciones, tradicionalmente ha sido más lenta que la generación de conocimientos.

La mayor parte de estos temas que requieren regulación jurídicos son materia de reflexión de la Bioética y tratan de la modificación de los criterios básicos de la vida como la hemos conocido hasta ahora, incluyendo la naturaleza humana, además de que ha seguido, de alguna manera, un desarrollo paralelo al de los Derechos Humanos, es decir, como lo señala José Alberto Mainetti¹³

¹² Volnei Garrafa, Kottow Miguel, Saada Alya, Coordinadores, *Estatuto Epistemológico de la Bioética*, UNAM, 2005, p. XIII.

¹³ Mainetti, José Alberto, *Educación en Bioética: Tres discursos de la Bioética en América Latina: Bio-médico, Bio-jurídico y Bio-político*, en *La Educación en Bioética en América Latina y el Caribe: experiencias realizadas y desafíos futuros*, UNESCO, 2012, p. 115.

A lo largo de cuatro décadas, la Bioética incorpora cuatro generaciones de derechos Humanos sobre la vida. Durante la década de los '70 la revolución biológica origina la nueva gestión del cuerpo bajo el habeas corpus del principio de autonomía. En la década del '80, con el auge de la medicalización de la vida se promueve el Derecho a la atención sanitaria conforme al principio de justicia. Los '90 testimonian por la crisis planetaria del medio ambiente la emergencia de la tercera generación de Derechos, los ecológicos y los de las futuras generaciones según el principio de responsabilidad. A partir de 2000 hay añadir los derechos genéticos o naturales, una cuarta generación bajo la consigna de la dignidad humana apelada en el ordenamiento jurídico internacional en materia de reprogenética, que incluye sin duda el derecho a procrear (y a no procrear), el derecho a diseñar el bebé, el derecho de filiación, el derecho de nacer sano (¿vida y nacimientos judiciales?), el derecho de género (transexualismo) y el derecho de especie (¿al "orden natural"?). Emblemática del caso es la prohibición de la clonación humana reproductiva, que conculcaría el derecho de progenie, vale decir a nacer de dos progenitores y no como réplica de otro individuo sin figura biológica parental. Compromete también el derecho de identidad genética, genotípica y fenotípica, generando el problema del doble en la relación clonante-clonado. Por último restringe el derecho a un "futuro abierto" o de autobiografía, de hacer cada uno su vida sin estar condicionado por la vida de otro a la cual se calcaría.

Entonces el reto a reflexionar en este rubro pasa por la garantizar que no se dan las circunstancias que Bertrand Russel destacaba en 1931 como la gran contradicción del siglo XX:¹⁴

Debido al aumento de conocimientos, es posible para los gobiernos actuales realizar muchos más resultados propuestos que los que eran posibles en tiempos anteriores; y puede ser que dentro de poco sea posible conseguir resultados tenidos ahora por imposibles. La abolición total de la pobreza, por ejemplo, se considera técnicamente posible en el actual momento; esto es, los métodos conocidos de producción, bien organizados, bastarían para producir bienes suficientes para mantener toda la población del mundo en un bienestar tolerable. Pero aunque esto es técnicamente posible, no lo es psicológicamente.

Es decir ¿se ha garantizado que el resultado del trabajo científico realmente se pone al servicio y accesible a la población mundial en su totalidad y no sólo al de un sector o para fines de destrucción humana? porque no

¹⁴ Russell, Bertrand, *La perspectiva Científica*, Madrid, Sarpe, trad. cedida por Ariel, S.A., 1985 p. 183.

podemos correr el riesgo de vivir una contradicción similar a la que señala Russell:¹⁵

El siglo XIX ha sufrido las consecuencias de una curiosa división entre sus ideas políticas y su práctica económica. En política siguió las ideas liberales de Locke y Rousseau, que fueron adaptadas a una sociedad de pequeños propietarios agricultores. Su lema fue: Libertad e Igualdad. Pero, mientras tanto, estaba inventando la técnica que conduce al siglo XX a la destrucción de la libertad y a reemplazar la igualdad por nuevas formas de oligarquía.

Pues lo que está en juego es la vida misma de nuestra y de otras especies. Sin la vida cualquier valoración, jurídica o moral pierde sentido.

2. *Lo ético*

Lo ético, para el tema que nos ocupa, lo deducimos de cuatro aspectos: A. La naturaleza de los Derechos Humanos. B. El perfil de los operadores jurídicos. C. El grado de participación y confianza que la población tiene respecto de sus instituciones jurídicas. D. El impacto de las decisiones Judiciales.

A. La naturaleza de los Derechos Humanos

Una definición amplia de los Derechos Humanos que manifieste la multiplicidad de sus facetas y funciones, según José Bonifacio Barba, debe tener presente las siguientes consideraciones¹⁶:

1. Son un conjunto históricos de valores antropológicos. 2. Representan una especificidad humana deseada que ha sido creada a su vez en la experiencia, vivida en los límites sociales reales y establecida como jurídicamente positiva. 3. En su sentido elemental indican, respecto a la forma humana de la existencia y de la relación, lo recto, lo no torcido, lo justo y debido. 4. Son una colección, reunida en milenios del proceso humanizador y civilizador, de los privilegios leales de todo ser humano. 5. Son el reto sin parangón que la humanidad, las naciones y los grupos sociales tiene para darle un rostro y metas humanas a toda forma de civilización...tal aserto tiene consecuen-

¹⁵ *Ibidem*, p. 175.

¹⁶ Barba, José Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, 4ª. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp.18-22.

cias morales importantísimas, pues implica el reconocimiento de la dignidad humana como valor superior a otros. 6. Son un modo de ver y juzgar las cosas humanas, de enfrentar críticamente la condición humana. 7. Señalan los límites o condiciones de moralidad sobre los que debe levantarse todo humanismo... sin embargo, tal universalidad no significa una homogeneidad cultural, pues los valores y los mismos Derechos Humanos tienen diversas expresiones histórico-culturales. 8. Los Derechos Humanos acotan y juzgan la acción humana, la supeditan a la dignidad de cada persona y al valor ético de la acción que proponen. 9. Para que se realicen los Derechos Humanos se requiere un crecimiento moral del individuo y la sociedad, un abandono del propio egoísmo y etnocentrismo. 10. Por su naturaleza moral representan el deseo más acabado y constante de cumplimiento, de plenitud histórica y social, el delineamiento de una perspectiva humana que nunca se realiza totalmente pero que debe ser garantizadas con todas las fuerzas sociales de producción de lo humano: el derecho, la política, la economía, la educación. 11. Históricamente, en el Estado de derecho, fueron logro “constituyente” y principios jurídicos que implicaron garantías constitucionales individuales, sociales, políticas y económicas. 12. Por lo anterior, los Derechos Humanos son uno de los problemas fundamentales de la sociedad mexicana. Indican de modo claro el camino que debe promoverse para corregir estructuras y tendencias políticas, económicas y sociales que continúan impidiendo el establecimiento de condiciones reales de dignidad e igualdad de las personas. 13. Los Derechos Humanos son el punto de convergencia del Derecho y de la educación. 14. Los Derechos Humanos son, en fin, un mundo imaginado a la medida de la autocomprensión del hombre. En síntesis, la multiplicidad de rasgos humanos y elementos valorativos que se reúnen en los Derechos Humanos requiere una comprensión amplia. La formación histórica de ésta y la delimitación de los contenidos específicos de los Derechos Humanos han sido una creación progresiva.

Por tanto y considerando esta amplitud de rasgos, conviene que al hablar de Derechos Humanos se especifique en qué sentido o desde qué perspectiva se trata el tema y se considere el condicionante de ser social e histórico. Es decir, cuando un Estado (como el caso mexicano con las reformas Constitucionales de 2011) se plantea el reto de estructurar su sistema de justicia incorporando, por ejemplo, el escenario internacional a través del reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos ¿debe asumir que, por ser declarados como “Derechos Universales”, su contenido es universal, o, se deben entender en el contexto de la cultura e historia de la sociedad mexicana para garantizar –insistimos- una justicia efectiva? El cuestionamiento general de Grossi, sobre sí el orden jurídico debe ser obedecido u observado toma especial relevancia para esclarecer un punto como este

pues, tratándose de los Derechos Humanos, se pretende difundir y proteger los ideales más elevados que una sociedad puede considerar como dignos de imitación para garantizar su evolución espiritual/social, lo que requiere *lógicamente* de una valoración histórica además de una intervención por la vía de la conciencia que por la vía de la coacción, entonces tiene sentido considerar que “el uso del término “observancia” quiere resaltar el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la “obediencia” se produce una aceptación no completamente pasiva de la regla, una aceptación recorrida más bien por las nevaduras psicológicas de las convicciones y, por consiguiente, también de la conciencia”¹⁷. Por tanto cabe la posibilidad de que el Constitucionalista, tenga que aprender a detectar “el sustrato de los valores históricos que es el de las raíces de una sociedad, es el fruto de una larga sedimentación, es la adquisición de certezas laboriosamente conquistadas que se convierten, después de fatigas multiseculares, en patrimonio de la comunidad histórica”¹⁸, esto significaría considerar la posibilidad de que la esencia del Derecho “no se encuentre en una orden –es decir, en un mandato-, sino en el acto de ordenar... y ordenar tiene siempre el significado de respetar la complejidad social, la cual constituirá una verdadera y auténtica limitación para la voluntad ordenante al impedir que ésta degenera en valoraciones meramente subjetivas y por consiguiente en arbitrariedad”¹⁹.

B. *El perfil de los operadores jurídicos*

El reto de la implementación de los Derechos Humanos en un Estado que a su vez tiene una crisis de valores en el perfil de sus operadores, es de máxima importancia y no se puede obviar como tarea importante entre los estudiosos de la materia. Sólo a nivel de referencia y aunque esto es aplicable a todos los que reflexionen jurídicamente, destaco tres sectores, por una parte nos referimos a los postulantes que como señala Enrique V. Carril:²⁰

Uno de los problemas morales más arduos que se presentan en el ejercicio profesional es la valoración del asunto encomendado desde el punto de vista de la Justicia. Y me atrevo a decir que ningún abogado se ha librado de la sensación de encontrarse prestando su asistencia en una situación o una postura que, objetivamente analizadas, es injusta.

¹⁷ Grossi Paolo, *op. cit.*, nota 2, p. 34.

¹⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ Carril, Enrique V. del, *La Ética del abogado*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1995, p. 200.

Por otra parte, a los docentes e investigadores que por el momento histórico de replanteamiento integral del Derecho con el que les toca coincidir tienen una labor de elaboración de conceptos y de formación de profesionales. Un replanteamiento integral siempre descansa en buena parte del trabajo y reflexión de los estudiosos del Derecho, así por ejemplo, como lo indica John Henry Merryman²¹.

Tras el resurgimiento del derecho Romano en Italia, los responsables del resurgimiento y el desarrollo del *jus Commune medieval* fueron académicos... Durante este período, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos. En Alemania, por ejemplo, hubo una época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión. Muchos de los códigos elaborados en Europa y América Latina durante el siglo XIX fueron obra de los académicos, y todos ellos se basan en las obras de generaciones anteriores de académicos.

Los titulares del poder judicial²², ejecutivo y legislativo, por la conjunción del nuevo modelo constitucional propuesto y las potenciales temáticas que aporta la ciencia y que pueden generar conflicto jurídico, deben tomar conciencia que un gesto de responsabilidad ética es la capacitación para la comprensión del discurso multidisciplinar.²³

²¹ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 8a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 113 y 114.

²² En México “las valoraciones altamente positivas que tiene la población de la ley y la justicia, contrastan con las percepciones negativas sobre los jueces, el sistema de impartición de justicia y la disminución en las preferencias de los encuestados por acudir a las instituciones que imparten justicia”. Ver Concha Cantú Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes y percepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 37.

²³ Como referencia a esta necesidad podemos encontrar las palabras del ministro mexicano José Ramón Cosío Díaz quien en conferencia magistral titulada *El Impacto del Derecho en la Medicina*, durante el Seminario “Implicaciones del Derecho en la Medicina” análisis a través de casos prácticos, que tuvo lugar en el auditorio de la Academia Nacional de Medicina, de la Unidad de Congresos del Centro Médico Siglo XXI, el 31 de marzo de 2011 indicó “...lo que me parece muy sorprendente es que no hayamos hecho antes o no existan grupos de trabajo amplios en un país en materia de relaciones entre el derecho y la medicina o la medicina y el derecho... simple y sencillamente lo que pensaba es la manera en que nuestros programas de estudio como abogado se vinculan con la medicina... nosotros somos entrenados y somos muy capaces para organizar, para construir esas normas jurídicas o a través de un litigio para destruirlas porque se trata de destruir la validez de un testamento, de un contrato o de una ley, etcétera, también...pero en muchas ocasiones, repito, no entendemos cabalmente qué es aquello que requiere ser regulado y al no entenderlo cabalmente nos quedamos y proporcionamos a la sociedad soluciones de carácter formal pero no somos ca-

Para los retos que el nuevo Constitucionalismo pretende cumplir, los operadores del derecho, insistimos, requieren de una cultura y conocimientos más amplios de lo que sólo el Derecho le puede proporcionar, lo que le obligaría a generar los canales de comunicación necesarias para comprender la “realidad que regula” lo más integralmente posible. En resumen, no sólo se requiere de considerar la cultura e historia de la sociedad a quién se aplicará tal derecho, sino comprender integralmente el fenómeno social desde todas las perspectivas posibles, en ambos casos el jurista requerirá de tener la humildad, el interés y la capacidad suficiente para comprender otros lenguajes científicos lo que requiere una predisposición al trabajo, interdisciplinar y multidisciplinar, porque se trata de abordar problemas que implican soluciones transdisciplinarias.

Para un estudioso del derecho, licenciado o no, docto o no, se presupone tan elemental conocer y comprender el concepto de Derecho (me parece que ese ha sido el gran problema), que ha obviado plantearse una postura actual al respecto y, más aún, ha considerado innecesario plantearse una actitud profesional constante y congruente a lo largo de su ejercicio profesional sobre el particular. Si un estudioso del Derecho no reflexiona sobre el fin de éste, si no establece la razón de ser del Derecho en su tiempo, si no actualiza el valor que esta palabra tiene en cada momento histórico, si no lo asocia a la exigencia social, no podrá evaluar por su resultado el ejercicio de procurar e impartir justicia.

C. El grado de participación y confianza que la población tiene respecto de sus instituciones.

En la práctica de muchos países a través de sus autoridades e instituciones, como señala Gumesindo García Morales²⁴ para el caso mexicano

El Estado se ha convertido paulatinamente en una grave amenaza de los derechos y libertades fundamentales, se ha separado de su fin, de propiciar el bienestar de la colectividad mediante las medidas de interés general, optando por decisiones que reducen las inmunidades constitucionales... pareciera que los derechos son el obstáculo de las autoridades, sin que perciban que constituyen los límites naturales del ente artificial que es el Estado.

paces de incidir en las soluciones de carácter material que estamos llamados a crear y eso me parece que es un asunto absolutamente central”. http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Paginas/es_discursos_mnjred.aspx

²⁴ García Morales, Gumesindo, *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, UBIJUS, 2009, p. 9.

Esta podría ser sólo una muestra de lo necesario que en algunos países se hará la reorganización de las instituciones, sin embargo, también consideramos que es fundamental observar el proceso histórico de las mismas.

D. *El impacto de las decisiones judiciales*

La posibilidad de incidir en el terreno de los poderes, en el contenido y límites de la práctica del conocimiento científico, en el control de las fuerzas sociales y económicas es una de las consecuencias, privilegio y, al mismo tiempo, responsabilidad moral de los operadores jurídicos en el nuevo paradigma constitucional.

Esta posibilidad se traduce en dos responsabilidades esenciales a reflexionar:

a) Orientar el conocimiento general como *misión jurídica* con repercusión ética. El reto de esta responsabilidad en palabras de Robert Alexy se expresa de la siguiente manera:²⁵

La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. La discusión de esta cuestión se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes: por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas. No existe sin embargo ningún motivo para una semejante actitud todo-o-nada. Ciertamente no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.

b) Orientar las decisiones del Estado como ejercicio de la justicia.

Un caso paradigmático y que podría reflejar esta responsabilidad es el de la comunidad Mininuma, una comunidad originaria (Mixteca) en el estado

²⁵ Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, ponencia presentada en la IV Jornadas de lógica e informáticas jurídicas, en la recopilación de textos de las mismas; San Sebastián, 1988, pp. 149 y 150.

Véase <http://www.spencer.adv.br/universidades/Alexy.Sistema%20juridico%20principios%20juridicos.pdf>

de Guerrero en México que integran 321 personas y en donde uno de cada cuatro niños muere antes de cumplir los seis años de edad, por enfermedades denominadas de la pobreza (desnutrición, parásitos, etc.) por lo que solicitaron la creación de un centro de salud que fue reiteradamente negado apoyándose en la normativa que por sus efectos era altamente violatoria de Derechos Humanos, como explican Rodrigo Gutiérrez y Aline Rivera²⁶

...esencialmente el criterio establecido en el MIDAS [Modelo integrador de atención a la salud de México], podría implicar una discriminación legal indirecta hacia comunidades indígenas. Hay que recordar que dicho instrumento establece que sólo puede haber centros de salud en aquellas comunidades donde vivan más de 2500 personas y que estén a más de 15 kilómetros a la redonda o 30 minutos de recorrido. Este criterio aparentemente neutro, basado en una supuesta racionalidad de distribución, podría en realidad implicar una discriminación indirecta hacia comunidades indígenas, que además de todo [...] son las que deberían gozar de una especial protección en virtud del mandato de igualdad de oportunidades.

Al procurar el cumplimiento de un derecho humano como es el de Salud, los operadores jurídicos pueden reflexionar este caso en múltiples direcciones, incluyendo la posibilidad de analizar si esta discriminación motivada, en principio, por la violación del Derecho Humano a la Salud, puede considerarse también como base para plantearse una práctica genocida. Es decir, se abre la posibilidad de que el análisis no se quede en reconocer la discriminación, sino dimensionar el riesgo de fondo que podría implicar la posibilidad de un genocidio pues, como señala el sociólogo Daniel Feierstein, en su forma moderna (siglos XIX y XX) su eje²⁷

...no gira tan sólo en el hecho del “aniquilamiento de poblaciones” sino en el modo peculiar en que se lleva a cabo, en los tipos de legitimación a partir de los cuales logra consenso y obediencia y en las consecuencias que produce no sólo en los grupos victimizados la muerte o la supervivencia- sino también en los mismos perpetradores y testigos, que ven modificadas sus relaciones sociales a partir de la emergencia de esta práctica. Y es en esto en lo que difiere de procesos de aniquilamiento de población más antiguos, así como de otros procesos de muerte contemporáneos.

²⁶ Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, *El caso “Mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*, p. 108, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf>

²⁷ Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina, hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, p.7, <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Feierstein.pdf>

De esta manera se convierten dichos operadores en rectores de los valores que representan a un Estado.

3. *Lo estético*

Por lo menos en tres aspectos se puede reflejar la necesidad de la Estética en el campo del trabajo del Derecho Constitucional: A. En el plano del lenguaje técnico jurídico. B. En el plano de las cogniciones jurídicas. C. En el plano de las acciones en la justicia, esto es:

- A. En el relato jurídico, traducido en argumentos, alegatos, sentencias, fundamentos, es decir, en la forma de la argumentación jurídica (pues el fondo es resultado de la lógica).
- B. En el discurso articulador de prácticas institucionalizadas y modos culturalmente adecuados, convenientes, pedagógico-didácticos, oportunos, eficientes, difusión de los actos de la justicia y protocolos de actuación, que se traducen, en la formación y capacitación de operadores jurídicos para los Derechos Humanos y el diseño de las estructuras de las instituciones como emblemas o reflejos de lo humano en su versión históricamente más elevada.
- C. Este rubro lo podemos separar en dos aspectos: por una parte el *Relato jurídico*, como estetización de la violencia y la victimización, por ejemplo,²⁸ es decir, el tratamiento judicial de la víctima a través de la publicidad del caso, el debate público, las expresiones cinematográficas, etc., de tal forma que la práctica judicial y la ética judicial están compenetradas en la Estética. Y por otra, *La acción social* de los agentes jurídicos y prácticas escénicas y de re-presentación de la justicia, es decir, en toda la estructura institucional que facilita el ejercicio del poder judicial en su actuación pública, por ejemplo, los tribunales, cárceles, actuaciones procesales, etc.

III. ¿QUÉ HACER?

Partiendo de la imposibilidad que representa explicar integralmente el problema de estudio, aplicación y desarrollo de los Derechos Humanos por sus manifestaciones concretas actuales, también resulta complicado plantear una

²⁸ Ver Calvo González, José, *Sobre la estetización de la violencia (Perspectivas del espacio estético en la filosofía jurídico-penal)*, en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/003/Contrastes003-16.pdf>

solución integral en este momento pero ¿por qué importa reflexionar sobre la idea anterior? En alguna etapa de la evolución humana, reflexionar sobre el Derecho implicó argumentar el porqué incorporar a todos los seres humanos como objeto personal de protección del Derecho; en otra etapa discutir sobre Derecho le planteó el reto de definir y operar la justicia en función de la claridad sistemática que permitiera la certeza jurídica, ya que la reflexión jurídica llegó a ser caótica y hasta contradictoria; en otro momento de la historia de la humanidad, al hablar de justicia se ha planteado desde garantizar la existencia y acceso a las vías para aplicar el Derecho (procedimientos e instituciones necesarias; en períodos más cercanos a nuestro tiempo el Derecho también se discutió en función de los límites del Estado frente a los Gobernados. Entonces, para definir el Derecho en lo concreto (no sólo en lo abstracto por su fin teleológico y espiritual), la humanidad ha tenido necesidad de reflexionar atendiendo a las posibilidades que permitía el poder establecido, la madurez y capacidad de organización social y de las necesidades a resolver para equilibrar los excesos de cada época.

Hoy el Derecho se plantea el reto de pensar y actuar en defensa de “lo humano” tanto por su naturaleza como por su aspiración, entonces, el reto mayor de éste debería pasar por contribuir a evitar la extinción de la propia especie o, por lo menos, buena parte de ella.

Tal vez, en el ánimo de ser justos (conscientes de lo difícil que puede ser aceptar la idea), debemos entender que esta no es época de técnicos del Derecho. El jurista, históricamente hablando, ha tenido su época más productiva (diseño de normativa, creación y regulación de instituciones jurídicas, etc.) una vez que la sociedad define rumbo (tras revoluciones, tras acuerdos aceptados conscientemente), ahí es donde la producción del jurista no sólo se hace posible, sino socialmente necesaria. Entonces ¿qué puede hacer el jurista en esta época en la que la humanidad está distraída de aquello que es lo “humano”? ¿cómo podría ejercer su función social-histórica en nuestro tiempo para ser lo más productivo posible en aras de procurar la estabilidad social a través del Derecho? Pensar en contenidos de Derecho y no sólo en enunciar Derechos, es una primera condición como ya lo expresamos antes, pero esto es una labor que implica reflexionar sobre el concepto *comunidad*, teniendo claro no sólo los tipos de comunidad que podemos encontrar, sino considerar su esencia por el perfil de sus integrantes el tipo de comunidad, los fines sociales que persigue, etcétera, para saber cómo podemos aprovechar mejor ese conocimiento y la experiencia de la propia comunidad con el ánimo de garantizar, en la medida de lo posible el trato más justo posible, ante una dificultad que plantea la propia comunidad. En este sentido es importante considerar como comunidad trascendente a la comunidad cientí-

fica pues el mayor reto que le impone al estudio del Derecho esta etapa de la historia es el regular lo que la labor científica ha superado de los propios cauces que la naturaleza había establecido en otros términos y que también exponen a la propia humanidad por sus potenciales resultados.

En resumen se presume necesario:

a) Hacer un catálogo de contradicciones sociales en relación con el espíritu de las normas vigente, así como de los principios y valores que representan los Derechos Humanos.

b) Diseñar una metodología para abrir canales de comunicación con distintas disciplinas del conocimiento de la realidad.

c) Valorar la posibilidad de que la eficacia y eficiencia del Derecho sea planteada considerando el peso de los valores morales y las costumbres más elevadas que la sociedad ha considerado dignas de imitación, es decir, vincular el Derecho a lo Humano y, para ello, tal vez convenga mirar a las tradiciones y prácticas de las comunidades originarias ya que en algunas culturas que cuentan con pueblos originarios vivos, como la mexicana, dice José Ramón Narváez²⁹

Si bien la justicia es una virtud personal, en el contexto social, comunitario, la justicia es algo más...La fuerza de la moral de la justicia comunitaria se encuentra en su no oficialidad, la comunidad mira como propias unas reglas que ha visto nacer y desarrollarse en su propio entorno.

Esto nos obligaría pensar en la virtud de diseñar mecanismos que nos permitieran, a la ciudadanía, participar de este proceso de construcción de la norma y garantizar su cumplimiento porque los comprendemos al operarlos históricamente.

d) Entonces, se hace necesario pasar de la Declaración de Derechos a determinar el contenido de los mismos en función no sólo de lo deseable sino de lo política y científicamente posible, pues mantener los derechos en el campo de lo abstracto confiando en su “reconocimiento universal” como la base de su autoridad, se prestará a una gran confusión que no sólo dilate la impartición de Justicia, sino que puede llegar al extremo de paralizar las instituciones con el correspondiente riesgo de convulsión social. La Doctrina en materia Constitucional, para definir contenidos de los Derechos Humanos, es probable que vinculando el estudio, diseño y ejecución del Derecho a la historia y cultura de cada país, tal vez esto abriría la posibilidad de generar un Derecho vinculado por conciencia a la población a la que va dirigida.

²⁹ Narváez H. José Ramón, *Cultura Jurídica. Ideas e imágenes*, México, Porrúa, 2010, p. 40 y 41.

IV. CONCLUSIONES PARCIALES

A. Hasta ahora hemos despreciado lo que es realmente histórico y pretendemos hacer histórico las ficciones que construimos jurídicamente.

B. Lo humano no está necesaria o exclusivamente en el contenido de las leyes y jurisprudencia y, tal vez, no esté ni en los principios constitucionales, sino en la sociedad misma. Por tanto, se hace necesario seguir reflexionando sobre cómo conseguir el perfil de jurista que requiere esta época, es decir, multidisciplinar en el estudio, de una elevada calidad humana y, fundamentalmente, de una alta responsabilidad moral en el ejercicio de su profesión marcada por los más elevados valores sociales y guiado por la congruencia.

a) No tener perspectiva histórica general y jurídica, puede implicar que retrasamos el proceso de evolución, por pensar que todo lo que se nos ocurre es novedoso y tal vez no lo es tanto, entonces, no tener perspectiva histórica y arraigo cultural es realmente peligroso, por lo que retrasa la evolución humana, es decir, definir el Derecho hoy requiere de una revisión histórica del Derecho, una contextualización cultural y un trabajo multidisciplinar. No basta con cambiar de fuente de “actualización” del Derecho es decir, del poder legislativo, al poder judicial, para garantizar que el derecho no sea arbitrario y que realmente se puede aplicar.

En resumen, relacionar o no el Derecho como medio y la Justicia como fin, con la cultura y la historia de la comunidad que pretender ordenar, podría significar la diferencia entre lustrar (pulir) el Derecho e ilustrar (dar luz al entendimiento) a través del Derecho, es decir, contribuir a tener una doctrina útil para la sociedad o sólo un campo de especulación *de los, para los y entre los* especialistas técnicos del Derecho. Por tanto creemos que el razonamiento del constitucionalista pasará necesariamente por un filtro de lo lógico, lo ético y lo estético, para la comprensión y la aplicación de los Derechos Humanos como base de un sistema jurídico, esa es la inquietud central que ha motivado este escrito.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, ponencia presentada en IV Jornadas de lógica e informáticas jurídicas, en la recopilación de textos de las jornadas; San Sebastián, 1988, en <http://www.spencer.adv.br/universidades/Alexy-Sistema%20juridico%20principios%20juridicos.pdf>

- BARBA, José Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, 4ª. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- BERTRAND, Russell, *La perspectiva Científica*, Madrid, Sarpe, trad. cedida por Ariel, S.A., 1985.
- CALVO GONZÁLEZ, José, *Sobre la estetización de la violencia (Perspectivas del espacio estético en la filosofía jurídico-penal)*, en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/003/Contrastes003-16.pdf>
- CARRIL, Enrique V. del, *La Ética del abogado*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1995.
- CELANO, Bruno, *Derecho, justicia, razones, ensayos 2000-2007*, trad. De Andrea Greppi y Francisco J. Laporta, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes y precepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo Universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina, hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, en <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Feierstein.pdf>
- GARCÍA MORALES, Gumesindo, *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, UBIJUS, 2009.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*, trad. de Clara Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y RIVERA MALDONADO, Aline, *El caso “Mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf>
- LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Breve historia del problema moral*, México, Centro de estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, 1994.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 8ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- NARVÁEZ H., José Ramón, *Cultura Jurídicas, ideas e imágenes*, México, Porrúa, 2010.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Cálamo, 2001

TEALDI, Juan Carlos, *Bioética de los Derechos Humanos, investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª. ed., trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trotta, 2005.

TRASTORNOS DE DIFERENCIACIÓN SEXUAL Y LA DEFICIENTE TUTELA DE DERECHOS

María del Pilar HERNÁNDEZ*

El dilema para una sociedad democrática y para un Estado social de derecho consiste en adoptar la tolerancia como un valor expreso de la vida colectiva, o en mantener apariencias que no corresponde a la realidad. Hay una gran diferencia entre la tolerancia y la lenidad: la primera consiste en tutelar el derecho a ser diferente, la segunda a admitir que la contravención del derecho es preferible a la modificación del marco jurídico.

CARPIZO, Jorge y Diego VALDÉS¹

SUMARIO: I. *Estado de la cuestión.* II. *La perspectiva médico-genética;* III. *La clasificación de los trastornos de la diferenciación sexual.* IV. *El iter decisorio de los estados intersexuales.* V. *La perspectiva jurídica y soluciones.* VI. *Consideraciones finales.* VII. *Fuentes de consulta.*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Resulta inopinado que son dos los eventos que marcan los nuevos derroteros de los estudios jurídicos, a saber:

Primero, el advenimiento de la era de los derechos humanos y su progresivo e incremental reto para los tribunales que ha puesto sobre la mesa

* Investigadora Titular C, Definitiva de Tiempo Completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, correo electrónico: *mphm@unam.mx*

¹ *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2008, p. X.

de discusión, la obsolescencia de los límites estancos del derecho, así como ha clarificado la profunda interdependencia del conocimiento mismo.

Segundo, la toma de conciencia en torno a la multidimensionalidad de la esencia humana de cara a los avances científicos —*rectius*: biológicos, médicos, psicológicos, socioantropológicos, *inter alia*— determinan para los juristas constitucionalistas una asignatura insoslayable de cara a la plena tutelabilidad y justiciabilidad de los derechos humanos: la transdisciplinariedad.²

El tema que aquí se aborda en forma alguna es de nueva data, los estudios en torno al trastorno de diferenciación sexual (TDS³ por sus siglas y conocido bajo las denominaciones de trastorno del desarrollo o de la diferenciación sexual o estados intersexuales⁴), ha recibido meritoria atención en el ámbito médico y sus diversas disciplinas.

Por lo que hace al ámbito jurídico si bien la mayor parte de la literatura aparece en publicaciones periódicas de relevancia y en los últimos años han aparecido libros que tratan el tema, con una verdadera trascendencia en el ámbito jurídico⁵, la bibliohemerografía se encuentra enderezada al estudio del trastorno en adultos, esencialmente por lo que hace, en sede jurisdiccional, a una diversidad de estados intersexuales —transexualismo, hermafroditismo pseudo y verdadero— eventualmente en lo que se refiere a la procedencia de la reasignación sexo-genérica y, consecuentemente, a los derechos de las personas situadas en el supuesto a la tutela de un cúmulo de situaciones sustantivas, cuyo presupuesto indiscutible es la dignidad de la persona huma-

² Para Basarab Nicolescu implica la dinámica engendrada por la acción de varios niveles de la Realidad a un mismo tiempo: "...El descubrimiento de esta dinámica pasa necesariamente por el conocimiento disciplinario. La transdisciplinariedad, no siendo nada más una nueva disciplina o una nueva hiperdisciplina, se nutre de la investigación disciplinaria, la cual a su vez, se esclarece de una manera nueva y fecunda por el conocimiento transdisciplinario. En este sentido, las investigaciones disciplinarias y transdisciplinarias no son antagónicas sino complementarias. ver: La transdisciplinariedad. Manifiesto, México, Multidiversidad Edgar Morín AC, s/fp, p. 38.

³ El término TDS surgió de una conferencia patrocinada por la *Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society* y la *European Society for Pediatric Endocrinology* y sustituye a terminologías previas como trastornos intersexuales o hermafroditismo, el nuevo concepto es más amplio e incorpora diagnósticos médicos que tradicionalmente no habrían sido incluidos en los trastornos intersexuales, p. ej., la *agenesia mülleriana* que desarrollaremos más adelante, Cfr. Allen, Lisa, "Trastornos del desarrollo sexual", *Obstet Gynecol Clin North Am*, N° 36, 2009, pp. 25-45, p. 25.

⁴ La expresión intersexualidad es usada por primera vez por Richard Goldschmidt I en 1901. Goldschmit utiliza este término para describir las diferencias hermafroditas en la anatomía sexual o variaciones anatómicas diversas.

⁵ Un libropor demás completo en la literatura jurídica especializada es: Camps Merlo, Marina, *Identidad sexual y derecho*. Estudio interdisciplinario del transexualismo, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2007.

na, y que se han absurdamente focalizado sólo en el derecho a la identidad consagrada jurídico-formalmente en el acta o partida de nacimiento.

El enfoque del presente documento se ciñe al periodo de la infancia, entendiendo por tal el lapso de vida de los seres humanos que media entre el nacimiento y la pubertad, sin dejar de considerar, en tanto implicativo, el concepto de niñez que conforme a la *Convención sobre los derechos del niño (CDN)*⁶ se entiende por niño, a aquella persona que aún no haya cumplido 18 años, excepto que ya haya alcanzado la mayoría de edad, de acuerdo a lo estipulado por la ley (a. 1°).

El tema asume una trascendencia real de cara a los derechos humanos que, eventualmente, pueden rendir afectados, así: el derecho a la identidad, al sexo y al nombre del menor, el derecho a la expresión de la autonomía de la voluntad trátase del menor mismo —dependiendo de la edad— como de los progenitores, el derecho al consentimiento informado, *inter alia*, que en su integralidad redundan en el derecho a la salud del niño, una salud integral física, psicológica y emocional y que ha de ser tutelada bajo el principio del interés superior del menor (a. 3.1 CDN), todos ellos reconducibles, indefectiblemente, al derecho de libertad entendido en su sentido más amplio y prístino.

No omito referir que si bien en la Ciudad de México a partir del año 2008⁷ y virtud reforma a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal se reconocen plenamente, con una visión vanguardista, derechos esenciales de las personas transexuales en lo que hace a los actos del estado civil y levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo-genérica, que posibilitaría inopinadamente, el tratamiento, por extensión del derecho a la identidad de los menores con trastornos de la diferenciación legal, sin dejar de obviar el reconocimiento expreso y la clara obligación de los médicos de respetar el derecho al consentimiento informado de los progenitores del menor como, en su caso, del menor mismo. Un problema que existe ya pero aún no se visibiliza.

Es de referir, también, el Amparo Directo Civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS, Sentencia del 6 de enero de 2009,

⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁷ Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal, se adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y se adiciona el Código Financiero del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 10 de octubre de 2008. Por lo que hace al Código Civil los preceptos de mérito son 2°, 35, 98, 135 Bis; del de Procedimientos Civiles se adiciona el capítulo IV Bis al Título Séptimo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nominado Juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica;

mediante el cual la Suprema Corte de Justicia mexicana en ejercicio de su facultad de *certiorari* entró al estudio de cambio de nombre y de género y su debida asignación en el acta de nacimiento de una persona con pseudohermafroditismo femenino, sentencia que se nuclea, esencialmente, en el derecho a la privacidad. Sin lugar a duda, un precedente que marca el ingreso de nuestro máximo tribunal a la transdisciplinariedad.

II. LA PERSPECTIVA MÉDICO-GENÉTICA

En materia de salud resulta indudable que sólo hasta años recientes los avances científicos han permitido a la medicina nominar una serie de padecimientos que, desde siempre, han existido y, otros, que son propios de la modernidad.

El desarrollo del embrión humano en varón o mujer es un proceso complejo, dinámico y secuencial, de increíbles cambios continuos y etapas perfectamente dissociadas, la interferencia en cualquier paso de ese desarrollo puede resultar en una diferenciación sexual anormal.

Para nadie resulta desconocida la pregunta que se hace ante el nacimiento de un nuevo ser humano: “¿qué es niño o niña?” La respuesta del médico en ocasiones no es fácil debido al hecho que el recién nacido presenta genitales ambiguos, sin lugar a duda una noticia de tal entidad representa para los padres una experiencia traumática.

De manera generalizada ante la ambigüedad genital de los infantes los médicos calificaban la afección de hermafroditismo, pseudohermafroditismo, estado intersexual, tales categorías han sido reemplazadas el concepto de trastornos del desarrollo o de la diferenciación sexual.

Los trastornos del desarrollo sexual (TDS) son patologías médicas en los que el desarrollo del sexo cromosómico, gonadal o anatómico (éste propiamente genital) varían del normal y pueden ser incongruentes unos con otros, la importancia de su estudio radica en su indisociable relación con el género y el derecho a la identidad desde el momento en que queda asentado en las actas o partidas de nacimiento atendiendo a la conformación biológica genital del menor la identidad jurídica o legal que se habrá de asignar.

1 *La diferenciación sexual*

La diferenciación sexual requiere durante la vida fetal el encadenamiento de una serie de procesos en cuya determinación y regulación interviene un gran número de genes que codifican la síntesis de factores de

transcripción, factores de crecimiento, enzimas y hormonas. Clásicamente se han distinguido tres etapas o niveles de diferenciación sexual: el sexo genético, el sexo gonadal y el sexo genital, procesos que se determinan en el periodo fetal.

Durante la infancia, pero sobre todo durante la pubertad y en el adulto, se consideran, además, el sexo fenotípico (caracteres sexuales secundarios), el sexo psicosexual y el sexo social.

2. *Los componentes del sexo*⁸

Para definir y comprender los estados intersexuales debe tenerse en cuenta que existen cuatro componentes principales que definen el sexo.

a) Sexo genético o cromosómico.- Se establece en la fecundación, todos los individuos contamos con 23 pares de cromosomas, uno de esos 23 pares corresponde a los llamados gonosomas o cromosomas sexuales.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, Estudio elaborado por la “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012, específicamente: pp. 1 y 2.

“... ”

5. En el ámbito jurídico y en particular en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “ONU”) estas discusiones sociales se han subsumido comúnmente en la expresión “minorías sexuales”, para englobar las cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex.

6. Con mayor precisión teórica desde la sociología-jurídica, las acepciones orientación sexual, identidad de género y expresión de género han sido utilizadas como referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, entre otros, por la legislatura y la judicatura. La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad –los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados-; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección.

7. En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas. Al mismo tiempo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la orientación sexual –interpretación que puede extenderse a la identidad de género y expresión de género- dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”

- En las mujeres el par sexual está compuesto por 2 cromosomas X por lo tanto su constitución cromosómica es 46XX; y,
- En los varones el par sexual está compuesto por un cromosoma X y un cromosoma Y por lo tanto su constitución cromosómica es 46XY.

Se incluye en el sexo genético el sexo cromatínico o nuclear, que se determina por la presencia, o en su caso ausencia, en el núcleo de la célula del *corpúsculo de Barr*.

La existencia de este corpúsculo caracteriza el sexo nuclear femenino; su ausencia, el sexo nuclear masculino.

Corresponde generalmente, pero no siempre, a una dotación cromosómica del sexo correspondiente y, por consiguiente, al sexo genético.

En ciertos casos patológicos, en efecto, durante la meiosis los dos cromosomas sexuales de la célula germinal pasan a una sola de las dos células sexuales, mientras que la otra no los contiene. La unión de una de estas células sexuales anormales (células aneuploides) con una célula normal dará origen a células anormales por el número de sus cromosomas (45 a 47, en lugar de 46) y por la proporción de cromosomas de los dos sexos: poseerán un sólo cromosoma sexual o bien tres, de los cuales dos o tres serán cromosomas X. Así, ciertos individuos tendrán un aspecto masculino con un sexo nuclear femenino (síndrome de Klinefelter) y otros un aspecto femenino con un sexo nuclear masculino (síndrome de Turner). Ver enfermedad por aberración cromosómica, monosomía, trisomía, haplo X, diplo X, triplo X, mosaico.

b) *Sexo Gonadal*. - Se establece cuando la gónada se diferencia hacia testículo en los varones y hacia ovario en la mujer, esto es, es la fase de la evolución de la sexualidad que aparece hacia el día 45 de la vida embrionaria, en el momento de la diferenciación de la gónada primitiva en testículo o en ovario. Normalmente, esta transformación se realiza conforme al sexo genético;

c) *Sexo Genital*. - Es la forma de los genitales externos e internos. Se entiende por sexo genital externo el sexo urogenital, se diferencian hacia el día 60 y el 5º mes de la vida intrauterina, así el surco urogenital indiferenciado se transforma en órganos genitales externos masculinos o femeninos que, ha menester indicar, serán los considerados para la asignación del sexo o identidad jurídica oficial civil en acta de nacimiento.

El sexo genital interno o sexo gonadofórico aparece entre los días 50 y 60 de la vida intrauterina y en su diferenciación darán forma, en su caso, a los conductos deferentes y vesículas seminales o al útero y parte superior de la vagina.

En clave de la diferenciación sexual adquiere en la etapas de la infancia, pubertad y edad adulta las siguientes categorizaciones que tienen su respectiva expresión:

d) Sexo fenotípico.- son las características aparentes que se dan a nivel de los genitales externos. Es en este nivel que se hace la atribución social del sexo de una persona: según las características que muestre al nacer.

e) Sexo psicosocial.- La diferenciación psicosexual dimórfica en los humanos comporta varios tipos de identidad: 1) la identidad de género que significa el género masculino o femenino en el cual cada individuo se identifica; 2) los papeles de género que indican los distintos tipos de comportamiento según el sexo y de acuerdo con cada cultura; 3) la orientación de género que indica el tipo de relación sexual escogida (heterosexual, homosexual o bisexual), y 4) las diferencias cognitivas entre los sexos masculino y femenino.

La identidad de género sexual es exclusiva del género humano y no parece estar condicionada por los cromosomas sexuales ni por los esteroides sexuales. La identidad de género se diferencia durante los primeros años posnatales en función del aprendizaje y de la educación que se recibe. Para él se establece un primer periodo crítico entre los 18 y los 30 meses de vida. La identidad queda casi irreversiblemente establecida, siempre y cuando la educación recibida no sea ambigua al respecto. Esta identidad puede cuestionarse y cambiar durante la pubertad si hay discordancias entre el género y el tipo de pubertad que se desarrolla.

El papel correspondiente al género y la orientación sexual puede ser modificado probablemente por los andrógenos fetales y posnatales. Así se describen diferencias de comportamiento (preferencia por juegos masculinos, menor interés por los juegos con muñecas y menor instinto maternal) y mayor incidencia de preferencias homosexuales o bisexuales en las niñas con hiperplasia suprarrenal congénita.

A pesar de que parece que los andrógenos tienen un papel sobre la diferenciación de ciertas actitudes y comportamientos y de que existen diferencias anatómicas y funcionales en el SNC de los dos sexos, la mayor parte de la identidad sexual se adquiere mediante la educación (sexo de educación) y queda reforzado por el correcto desarrollo puberal. Sin embargo, diversos trabajos parecen haber demostrado que existirían diferencias anatómicas en el SNC entre los hombres con orientación heterosexual y homosexual así como en transexuales. Existe actualmente un amplio debate sobre la relevancia que puedan tener diferencias anatómicas y funcionales reguladas por hormonas fetales y posnatales sobre la orientación de género sexual.

f) Sexo Social.- Que responde a los patrones socioculturales y coincide con el género;

Vale indicar para los efectos de la protección de derechos de los menores con trastorno de diferenciación sexual lo que se considera el sexo legal⁹ que es asignado al recién nacido, de acuerdo con la apariencia de genitales externos que, conforme a las líneas antes escritas, depende del sexo genital.

3. *Manifestaciones clínicas generales de la ambigüedad genital al momento del nacimiento*

Los genitales ambiguos ocurren cuando hay insuficiente masculinización de un hombre o por virilización de una mujer.

Entre los rasgos característicos de los genitales ambiguos que se observan en niñas genéticamente femenino (2 cromosomas X) están:

- Clítoris agrandado con apariencia de un pene pequeño.
- La abertura uretral (por donde sale la orina) puede estar localizada a lo largo, por encima o por debajo de la superficie del clítoris.
- Los labios pueden encontrarse fusionados a manera de escroto.
- Se puede pensar que la niña es del sexo masculino con testículos no descendidos.

En un niño genéticamente masculino (1 cromosoma X y uno Y) con genitales ambiguos se pueden observar los siguientes rasgos:

- Pene pequeño que mide menos de 2 a 3 centímetros (0,8 a 1,2 pulgadas) que se asemeja al clítoris agrandado (es normal que el clítoris de una niña recién nacida sea un tanto agrandado al momento del nacimiento).
- La abertura uretral se puede encontrar localizada a lo largo, por encima o por debajo del pene o incluso por debajo del peritoneo, razón por la cual el recién nacido parece del sexo femenino.
- Es posible que se presente un pequeño escroto con algún grado de separación, semejando a los labios.
- Los genitales ambiguos están comúnmente acompañados de testículos no descendidos.

⁹ Lozano Villegas, Germán, “libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: transexualismo”, consulta electrónica: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/24.pdf>

III. CLASIFICACIÓN DE LOS TRASTORNOS DE LA DIFERENCIACIÓN SEXUAL

Cuatro grandes categorías de desórdenes de diferenciación sexual son responsables del desarrollo de genitales ambiguos.

1. *Intersexualidad 46, XX (Pseudohermafroditismo Femenino): virilización de una mujer genética (46XX) con determinación y desarrollo normal ovárico*

El niño tiene los cromosomas de una mujer, ovarios, pero los genitales externos con apariencia masculina. Esto generalmente es el resultado de un feto femenino que ha estado expuesto a hormonas masculinas en exceso antes del nacimiento. Los labios mayores (labios o pliegues de la piel de los genitales externos femeninos) se fusionan y el clítoris se agranda para quedar con apariencia de pene. Generalmente tienen tero y trompas de Falopio normales. Existen algunas causas posibles:

- Hiperplasia suprarrenal congénita (la causa más común) Es un trastorno genético que se caracteriza por una deficiencia de las hormonas cortisol y aldosterona y una producción excesiva de hormonas llamadas andrógenos. Este trastorno se presenta en uno de cada 15000 recién nacidos.
- Este mismo tipo de hormonas llamadas andrógenos consumidas por la madre durante el embarazo.
- Tumores productores de andrógenos (hormonas masculinas) en la madre, entre los cuales los más comunes son los tumores ováricos. A las madres que tengan hijos con intersexualidad 46, XX se les debe hacer un chequeo, a menos que haya otra causa clara
- Deficiencia de aromatasa, que puede no notarse hasta la pubertad. La aromatasa es una enzima que normalmente convierte las hormonas masculinas a hormonas femeninas.

2. *Intersexualidad 46, XY*

Un niño con cromosomas XY, puede nacer con genitales ambiguos o claramente femeninos, internamente los testículos pueden ser normales, estar pequeños o ausentes. Esta afección también se denomina 46 XY con subvirilización. Conocida como pseudohermafroditismo masculino.

La formación de los genitales masculinos, externos y normales depende del equilibrio apropiado entre las hormonas masculinas y femeninas; por lo tanto, se requiere de una producción y funcionamiento adecuado de las hormonas masculinas. La intersexualidad 46 XY tiene muchas causas posibles:

- Problemas con los testículos. Los testículos normalmente producen hormonas masculinas, pero si no se forman apropiadamente, esto llevar a subvirilización.
- Problemas con la formación de testosterona . Ésta se forma a través de una serie de pasos; cada uno requiere una enzima diferente. Las deficiencias en cualquiera de estas enzimas pueden provocar testosterona inadecuada y producir un síndrome de intersexualidad 46 XY diferente. Tipos diversos de hiperplasia suprarrenal congénita pueden encajar en esta categoría.
- Problemas con el metabolismo de la testosterona . Algunas personas tienen testículos anormales, producen cantidades adecuadas de testosterona, pero todavía tienen intersexualidad 46 XY .
- Deficiencia de 5-alfa-reductasa . Las personas con esta deficiencia carecen de la enzima necesaria para convertir la testosterona a deshidrotestosterona (DHT). Existen al menos 5 tipos de deficiencia de 5-alfa-reductasa. Algunos de los bebés tienen genitales masculinos normales, algunos genitales femeninos normales y muchos tienen algo de los dos. La mayoría cambia a genitales masculinos externos alrededor del tiempo de la pubertad.
- Síndrome de insensibilidad a los andrógenos . Es la causa más común de intersexualidad 46 XY . Aquí las hormonas son todas normales, pero los receptores para las hormonas masculinas no funcionan apropiadamente. También se lo ha denominado feminización testicular.
 - Este es un síndrome que se hereda por un defecto del gen receptor del andrógeno en el cromosoma X. La herencia se describe como recesiva ligada al cromosoma X. Las madres portadoras del gen tienen un 50% de posibilidades de tener hijos con éste síndrome, o hijas con un 50% de ser portadoras de este gen
 - Existen más de 150 defectos diferentes identificados hasta ahora. A este síndrome se le ha denominado como Síndrome de feminización testicular.

3. *Intersexualidad gonadal verdadera (Hermafroditismo Verdadero).*

El hermafroditismo es una causa rara de intersexualidad y está caracterizada por la presencia de tejido ovárico y testicular en la misma persona. A este fenómeno se le llama ovotestes, el 90% de los casos presentan genitales ambiguos. Puede tener cromosomas XX, cromosomas XY o ambos. Los genitales externos pueden ser ambiguos o pueden tener apariencia masculina o femenina. Esta afección suele llamarse hermafroditismo verdadero. En la mayoría de las personas con intersexualidad gonadal verdadera, la causa subyacente se desconoce.

El cariotipo puede ser:

- 60% son 46XX. Algunos de estos casos se explican por presencia del gen SRY.
- 20% son quimeras: 46XY / 46XX.
- 20% son 46XY con anomalías en los genes que determinan la diferenciación del testículo.
- Los genitales externos.- Pueden ser femeninos, masculinos o ambiguos. Pueden presentar criptorquidia (los testículos no han descendido a la bolsa escrotal) e hipospadias.

Las Gónadas.- El ovotestes es la gónada que se encuentra con más frecuencia. La combinación más habitual es ovotestes de un lado y ovario del otro. Se puede encontrar ovotestes en labio escrotal, en el canal inguinal y en el abdomen.

Los genitales internos.- Constan de derivados Mülllerianos (trompa de Falopioaunooaambosladosdependiendodelasgónadaspresentes,úteroyvagina) así como de epidídimo y conducto deferente en el lado de la gónada masculina. El útero suele ser hipoplásico (de tamaño más pequeño de lo normal). El 50% de las pacientes presentan la menstruación y desarrollo mamario.

El diagnóstico.- Sólo se confirma por el estudio de las células que conforman el tejido del ovotestes por medio del microscopio y demostrar la funcionalidad del mismo mediante pruebas hormonales. La asignación del sexo debe basarse cuidadosamente en el grado de virilización, respuesta hormonal, contexto familiar y cultural.

4. *Intersexualidad compleja o indeterminada.*

Muchas configuraciones de cromosomas distintos a las combinaciones simples 46 XX 46 XY pueden ocasionar trastornos del desarrollo sexual

y abarcan, entre otros, 45 XO (solamente un cromosoma X) y 47 XXY, 47 XXX: ambos casos tienen un cromosoma sexual adicional, sea un X o un Y.

El diagnóstico.- En el caso de los genitales ambiguos, es crítica la realización de un examen físico minucioso del niño/niña. Cuando existe ambigüedad genital en el momento del nacimiento, el médico realizará una historia médica y un examen físico de los genitales externos del niño. La historia médica abarca la salud de la madre durante el embarazo y los antecedentes familiares de muertes neonatales o anómalas genitales. Primero, el médico realizará un diagnóstico de la causa subyacente del trastorno.

Para limitar el diagnóstico se ayudará con los siguientes estudios y pruebas de laboratorio:

- Análisis de cromosomas: Es una prueba que se realiza para identificar anómalas cromosómicas como causa de malformaciones o de enfermedad. Por medio de esta prueba se puede:
 - Contar la cantidad de cromosomas
 - Detectar cambios cromosómicos estructurales
 - Los resultados pueden indicar cambios genéticos asociados con una enfermedad.
- Pruebas de electrolitos: Es una “batera” de exámenes químicos realizados en el suero (la porción de sangre sin células). Los electrolitos en el cuerpo incluyen sodio, potasio, cloro y muchos otros

Pruebas moleculares específicas: ofrecen la posibilidad de obtener un diagnóstico preciso de las alteraciones, lo que redundará positivamente en la aplicación de tratamientos más selectivos y con mejor rendimiento. Igualmente, si estas personas conocieran el diagnóstico y el carácter hereditario del padecimiento, el asesoramiento genético adecuado y oportuno podrá contribuir a reducir la ocurrencia o la recurrencia de esta patología en las familias.

Examen endoscópico (para verificar el estado de los genitales internos y el aspecto de las gónadas). El bebé está bajo anestesia general y se le introduce en el abdomen un instrumento, largo y fino que le permite ver al médico a través de una lente especial, las características de los órganos internos y además tomar una muestra de tejido de los mismos para ser estudiados.

Ultrasonido o IRM para evaluar si los órganos sexuales internos están presentes (por ejemplo, el testículo).

Para determinar el sexo de su hijo, los médicos de su niño analizarán lo siguiente:

- Un genitoureterograma para observar la uretra y la vagina, si estuvieran presentes¹⁰.
- Análisis en sangre para identificar si existe: Hiperplasia adrenal congénita.
- El potencial de fertilidad (la capacidad de la persona para ser fértil) de una pseudohermafrodita femenina.
- El tamaño y el potencial de crecimiento del pene, presente en el pseudohermafrodita masculino.
- Producción de hormonas.- La capacidad de un órgano reproductor interno para producir las hormonas sexuales apropiadas según el sexo “asignado” al niño.
- El riesgo de futuras enfermedades.- Por ejemplo de cáncer, que en el futuro pueda desarrollarse en los órganos reproductores originales.
- Los efectos de las hormonas femeninas y masculinas en el cerebro del feto.
- Su opinión o preferencia.

Deseamos concluir este apartado, indicando que en cualesquiera de los casos de trastorno de la diferenciación sexual en niño/a deber ser estudiado y analizado por un grupo interdisciplinario que conste de: médico pediatra, urólogo, ginecólogo, genetista, cirujano plástico, y psicólogo.

Cada uno de ellos tendrá la responsabilidad y el compromiso de informar a los padres sobre el futuro sexual del niño/a afectados, a saber:

- a) Los riesgos quirúrgicos y los emocionales;
- b) Los hormonales;
- c) El consentimiento informado sustituto de los padres;
- d) El consentimiento informado, libre y autónomo, del menor de edad en caso que desee expresar su voluntad, dependiendo de la edad, tanto en el sentido de la realización de la cirugía de reasignación sexo genérica, ya en el sentido de permanecer con la afectación.

IV. EL *ITER* DECISORIO EN LA ASIGNACIÓN DE SEXO EN TDS

Los trastornos de la diferenciación sexual siempre han existido, con el advenimiento de la ciencias médico-genéticas se comprenden cada vez con mayor claridad, echando por tierra muchos mitos en torno a la sexualidad y los

¹⁰ Es un estudio radiológico del sistema de conductos genitales internos.

estereotipos dimórficos hombre/mujer, posibilitando la exigencia humana y jurídica de protección de los niños/as que se encuentran afectados por un erróneo diagnóstico y, en consecuencia de asignación de sexo legal.

¿Qué ha sucedido de cara a las prácticas bien médicas, ya jurídicas?

En tiempos no remotos, la opinión que prevalecía era que generalmente era mejor asignar un sexo lo más rápido posible, a menudo sobre la base de los genitales externos, en vez del sexo de los cromosomas, e instruir, erróneamente, a los padres para no pensar en la ambigüedad genital de sus hijos y, consecuentemente, en cuanto al sexo del niño/a.

La práctica médica se ceñía las más de las veces a la práctica de una cirugía rápida en la cual se extirpaba el tejido testicular u ovárico del otro sexo. En general, se consideraba más fácil reconstruir los genitales femeninos que los genitales masculinos funcionales, de tal manera que si la elección correcta no era clara, al niño a menudo se le asignaba el sexo femenino. Todo ello con eventual conocimiento y autorización de los progenitores, la más de las veces en ausencia total de conocimiento y autorización.

En los últimos tiempos, la opinión de muchos expertos ha cambiado. Un mayor respeto por las complejidades del funcionamiento sexual femenino los ha llevado a concluir que los genitales femeninos insuficientes pueden no ser intrínsecamente mejores que los genitales masculinos insuficientes, incluso si la reconstrucción es más fácil. Además, otros factores pueden ser más importantes en la satisfacción del sexo que los genitales externos funcionales.

Los factores cromosómicos, neurales, hormonales, psicológicos y conductuales pueden todos influir en la identidad sexual.

Ahora muchos expertos instan a demorar la cirugía definitiva por el mayor tiempo que sea sano hacerlo y lo ideal es que se involucre al niño en la decisión sobre su sexo.

Claramente, la intersexualidad es un asunto complejo y su tratamiento tiene consecuencias a corto y a largo plazo. La mejor respuesta depender de muchos factores, incluyendo la causa específica de dicha afección.

V. LA PERSPECTIVA JURÍDICA Y LAS SOLUCIONES

Desde el ámbito jurídico el TDS en menores de edad —niños, niñas y adolescentes— recientemente han obtenido una sana respuesta esencialmente en sede jurisdiccional.

La Corte Constitucional Colombiana¹¹ en un cúmulo de asuntos que ha conocido, ha generado un corpus jurisprudencial digno de atender y que han rendido eficiente la tutela de los niños/as con TDS.

Los derechos que sucesivamente se han reconocido parten de incuestionable reconocimiento de los derechos de los niños/as conforme a los propios derechos nacionales (al caso Colombia) y la extensividad vía los derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales, específicamente en las Declaración¹² y Convención sobre los Derechos del Niño¹³, Pacto de Derechos Civiles y Políticos (aa. 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (a. 12).

Derechos todos ellos que se nuclean en torno a la dignidad de la persona humana y el interés superior del menor, a la salud, a la igualdad y no discriminación, a la identidad, a la libertad en su manifestación de autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el consentimiento informado, a la privacidad.¹⁴

Por parte de los padres operan los derechos de patria potestad o, en su caso tutela de quienes la ejerzan, el consentimiento informado sustituto.

Los criterios jurisprudenciales se habrán de ver complementados con otro tipo de soluciones jurídicas que pueden resultar polémicas, como sucede con las recientes medidas tomadas por Australia que desde 2011 permitía afue el primer país en aprobar una legislación sobre el tercer género, si

¹¹ Velásquez Acevedo et. al., *Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia*, Proyecto de investigación inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, 2007.

¹² El párrafo tercero de preámbulo expresa: “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

¹³ *Artículo 12*

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

¹⁴ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

bien ya desde 2011 las leyes australianas permitían a sus ciudadanos marcar con una ‘X’ la casilla de género en el pasaporte, algo que también puede hacerse en Nueva Zelanda desde 2012, o el recientísimo caso del Estado Alemán, que a partir del 1 de noviembre Alemania ofrecerá a los padres tres opciones para rellenar el certificado de nacimiento de sus neonatos: ‘masculino’, ‘femenino’ y ‘en blanco’, convirtiéndose en el primer Estado con una legislación que reconoce la tercera opción de género, solución que incuestionablemente protege a los niños/as con TDS.

La nueva legislación brinda la posibilidad de que más adelante, en edad adulta, esas personas con sexo indeterminado puedan escoger si quieren estar bajo la categoría masculina o femenina.

Pero también se ofrece la opción de quedarse bajo la categoría del tercer género o indeterminado y no tener que escoger en ningún momento de su vida entre ninguna de las dos opciones.¹⁵

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El avance de la ciencia exige, cada vez más, un puntual conocimiento por parte de los juristas de aquellas situaciones sustantivas que han quedado ayunas de tutela y que involucran, de nos ser reconocidas, afectaciones trascendentales a la dignidad de la persona humana que se encuentra en el supuesto, al caso los niños/as con Trastorno de diferenciación sexual.

Si bien los casos se cuentan en 1/2000, es una cifra que evidencia la incompreensión de los casos que han sido estigmatizados y han quedado en el ámbito de la intimidad.

Tales eventos han arrojado a considerable número de personas a la disforia de género que, indefectiblemente ha devenido en transexualidad, rindiendo en ineficiente una adecuada y oportuna tutela de los derechos de los menores.

VII. FUENTES DE CONSULTA

ALLEN, Lisa, “Trastornos del desarrollo sexual”, *Obstet Gynecol Clin North Am*, N° 36, 2009, pp. 25–45, p. 25.

ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid, Tecnos, 1998.

¹⁵ Consulta electrónica: <http://noticias.prodigy.msn.com/internacional/alemania-introduce-un-tercer-genero-para-recibir-nacidos>

- NICOLESCU, Basarab, *La transdisciplinariedad. Manifiesto*, México, Multidiversidad Edgar Morín AC, s/fp, p. 38.
- BEAUCHAMP, Tom y James F., *Principios de Ética Biomédica*. Childress. Barcelona, Masson, 1999.
- CAMPS MERLO, Marina, *Identidad sexual y derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”, Estudio elaborado por la “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012, 16 pp.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
- DEWHURST, Christopher J. y Ronald Gordon, *Estados Intersexuales*. Barcelona, Editorial Pediátrica, 1970.
- GALLEGO, S., *Los derechos de los pacientes: problemática práctica*. Medicina clínica, 1993.
- <http://noticias.prodigy.msn.com/internacional/alemania-introduce-un-tercer-genero-para-reci-n-nacidos>
- KAUFMANN, Arthur, “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”, *Avances de la medicina y el Derecho penal*. Santiago Mir. Puig, 1988.
- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.
- SIMÓN, P., *El consentimiento informado: Teoría y práctica I*. Medicina Clínica, 1993.
- VIDELA, Mirta, *Los Derechos humanos en la bioética: Nacer, enfermar y morir*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

MINORÍAS RELIGIOSAS Y LAICIDAD

Francisco IBARRA PALAFOX*

SUMARIO: I. *Introducción. Las minorías religiosas frente a otras minorías.* II. *Las Minorías Religiosas y el estado nacional.* III. *El principio de laicidad y su presencia en el constitucionalismo latinoamericano.* IV. *Laicidad, separación Estado-Iglesia y espacio público.* V. *Laicidad, secularización y fundamentalismo.*

I. INTRODUCCIÓN. LAS MINORÍAS RELIGIOSAS FRENTE A OTRAS MINORÍAS

En un mundo de creciente diversidad etnocultural, las minorías religiosas son importantes no sólo por tratarse de una de las minorías con mayor crecimiento en las democracias constitucionales, sino además porque el constitucionalismo contemporáneo enfrenta el riesgo de buscar la legitimidad del poder político en una fuente cuyo origen formal no provenga de sus ciudadanos sino de principios religiosos.

La presente disertación examina a la laicidad como una institución constitucional apropiada para permitir a las minorías religiosas acceder a los derechos básicos y realizar sus actos de culto; al respecto, es importante señalar que el reconocimiento de la laicidad a nivel constitucional aún es la excepción en los sistemas constitucionales contemporáneos. Ahora bien, las minorías religiosas forman un grupo especial de las denominadas minorías culturales existentes al interior de los estados nacionales; son minorías escasamente estudiadas en las ciencias sociales debido a que cualquier referencia al tema religioso confronta a los especialistas con aspectos difíciles de tratar, particularmente en materia de derechos familiares y reproductivos, desde la prohibición del aborto hasta la posibilidad de la poligamia. Debido a límites de espacio, aquí sólo me referiré a la laicidad como institución

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

promotora de los derechos de las minorías, dejando para otro momento el resto de los temas provenientes de la diversidad religiosa.

Antes de referirme a la laicidad es indispensable distinguir a las minorías religiosas de otro tipo de minorías culturales. En síntesis, las minorías culturales son aquellas asociaciones humanas ubicadas en los Estados nación poseedoras de una cultura distinta de la cultura hegemónica construida en ese Estado. Esto es así porque en el momento de edificarse el Estado nacional, las minorías culturales fueron marginadas de los principales acuerdos institucionales de la sociedad, incluido el acceso en términos de igualdad a los derechos constitucionales básicos.

Las minorías culturales dentro de un estado son muy variadas; las más importantes son aquellas mejor articuladas políticamente como son las naciones subestatales, los pueblos indígenas y los migrantes;¹ un grupo distinto lo constituyen las minorías religiosas. La mayor organización política de las tres primeras les permite plantear al Estado nacional, en mejores condiciones, los términos de los principales arreglos institucionales para su facilitar su acceso a los derechos básicos.

Las minorías culturales poseen diferentes orígenes. Las naciones subestatales aspiraron en el pasado a constituir un estado nacional en el cual ellas fueran mayoría, sin embargo, no lo consiguieron porque carecieron de los recursos materiales para ello o fueron incorporados en otro Estado nación. Ejemplos de naciones subestatales son los vascos y catalanes en España, los quebequense en Canadá, y los norirlandeses y escoceses en el Reino Unido. En el menor de los casos, las naciones subestatales fueron integradas en estados multinacionales por acuerdos voluntarios entre dos o más grupos nacionales. Entre los principales mecanismos constitucionales planteados por estas minorías se encuentran la expedición de un estatuto constitucional propio y la formación de un Estado nación distinto de aquel donde se ubican; o bien, la conformación de un Estado federal o cuasi-federal con grados elevados de autonomía al interior del Estado.

Por su parte, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras por nuevos pobladores y forzados mediante la violencia militar o a través de tratados a incorporarse a los Estados nacionales gobernados por quienes consideraban como extranjeros o invasores. Estos pueblos son muy diversos en el mundo, por ejemplo, México posee más de sesenta, algunos son grandes como los mayas y nahuas que rondan el millón de personas; este país también posee pueblos muy pequeños como los cakchiquel, los cochimí

¹ Examiné detenidamente estos tipos de minorías en mi libro *Minorías etnoculturales y Estado nacional*, México, IJ-UNAM, 2005.

o los pápago, los cuales apenas rebasan el ciento de personas. La exigencia constitucional más frecuente de los pueblos originarios frente al estado nación es la obtención de una robusta autonomía que les permita reproducir sus formas tradicionales de vida, así como sus principales instituciones jurídicas, económicas y políticas.

En contraste, los migrantes no habitan ni en su *tierra madre* como las naciones subástatales ni fueron expulsados de sus territorios originales como los pueblos indígenas. Ellos se trasladaron a otro Estado nacional buscando mejores condiciones de vida, empleos más apropiados o una educación de calidad. Aunque para los migrantes es imposible llevar al país receptor sus propias instituciones jurídicas o políticas de sus países de origen, en cambio, exportan al país de destino algunas de sus instituciones culturales básicas. La ausencia de reivindicaciones autonómicas por parte de los migrantes se explica debido a que es imposible para ellos reproducir el conjunto de sus instituciones originales en el Estado receptor; en cambio, pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados tales como los lingüísticos en el otorgamiento de los servicios públicos básicos y, principalmente, la flexibilidad necesaria para acceder a la ciudadanía del Estado receptor.

En general se puede afirmar que las diversas minorías pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados, también conocidos como derechos de las minorías en el sentido amplio referido por Kymlicka; éstos se refieren a una gran variedad de políticas, desde derechos y excepciones legales, provisiones constitucionales y políticas públicas implementadas por los Estados, hasta derechos lingüísticos. Aunque los derechos de las minorías comprenden una categoría heterogénea de derechos, poseen dos características esenciales: a) Van más allá del conjunto de derechos civiles y políticos protegidos por todas las democracias liberales al procurar reducir la desigualdad de las minorías en el acceso a tales derechos y b) Son adoptados con la intención de acomodar las distintas identidades y necesidades de los grupos provenientes de la diversidad cultural.

II. LAS MINORÍAS RELIGIOSAS Y EL ESTADO NACIONAL

Establecida las anteriores precisiones, es más sencillo identificar a las minorías religiosas. Éstas son aquellas que poseen un credo religioso distinto del asumido por la sociedad dominante del Estado nacional donde se encuentran ubicadas.

Dos son los problemas básicos enfrentados por las minorías religiosas: a) Primero, compiten desigualmente con la principal o principales religiones del Estado nacional donde se ubican para practicar los actos de su culto particular y b) con frecuencia son discriminadas por su identidad religiosa en el acceso a los derechos básicos reconocidos por el estado constitucional.

En lo relativo al primer punto, se debe reconocer el hecho de que los Estados nacionales en Occidente se fundaron en una cultura hegemónica dentro de la cual ocupaba un lugar importante una determinada religión; estos asumieron patrones culturales asociados estrechamente a esa religión, incluso, hasta el día de hoy algunos los financian económicamente (Reino Unido y Alemania). Así, los Estados occidentales desde su conformación serían estados cristianos ya fuera en la versión católica (España, Portugal, Italia y Latinoamérica) o protestante (Reino Unido, los países escandinavos y Estados Unidos); incluso, históricamente consideraron a la religión como uno de sus pilares culturales, particularmente, desde fines del renacimiento. Por ejemplo, España hizo del catolicismo el eje de su cohesión identitaria; para conseguir tal objetivo, los reinos de Castilla y Aragón expandieron una guerra de conquista de los principales enclaves musulmanes de la península ibérica. Ganada la guerra, los reyes Fernando e Isabel se propusieron convertir al catolicismo a las poblaciones musulmana y judía residentes en la península; para ello se valieron de la Inquisición, la cual no sólo era una institución religiosa sino además estatal, destinada a crear una población culturalmente homogénea cuyo sustrato fuera el catolicismo. Por su parte Enrique VIII en Inglaterra, a principios del siglo XVI rompió con el catolicismo e inició la construcción de una iglesia nacional (la Iglesia Anglicana) como eje de la construcción del Estado nacional. Solamente hasta avanzado el siglo XIX los Estados occidentales comenzaron a asumir posiciones a favor de la separación entre el Estado y las iglesias.

No sólo los Estados en Occidente conservaron un sustrato religioso importante, también en otras partes del mundo se observa un fenómeno parecido. Conforme el Estado como modelo de organización política se expandió desde Occidente a todo el globo terráqueo, sería frecuente encontrar asociaciones entre los nacientes estados y una religión. Por ejemplo, a la caída de los imperios coloniales, los nacientes estados árabes asumieron el Islam como religión nacional.

La hegemonía de una religión nacional en la mayoría de los Estados provocó, con frecuencia, no sólo la discriminación de otros credos religiosos, sino incluso su franca persecución. En lo relativo a la discriminación religiosa, por ejemplo, ésta comenzó en Latinoamérica con la llegada de los euro-

peos, principalmente de españoles y portugueses. La imposición del catolicismo colonial como instrumento para legitimar la conquista, así como el despojo de las tierras y derechos a los pueblos originarios marcó el inicio de la historia moderna de las Indias Occidentales, conocidas hoy como América. La hegemonía católica provocó que las minorías protestantes y otras minorías religiosas denunciaran persecuciones a lo largo de los territorios controlados por los peninsulares; particularmente, la Inquisición dejaría su impronta en la historia latinoamericana con sus secuelas de discriminación y persecución religiosa. Cuestiones como la xenofobia, el racismo y el antisemitismo han estado presentes en la sociedad latinoamericana desde la época colonial. Para el caso mexicano, la relación de la sociedad con sus minorías étnico-religiosas se encuentra rodeada de contrastes; baste mencionar el trato amable concedido a los menonitas en Chihuahua en comparación con las masacres de chinos en Sinaloa; o bien, la recepción calurosa otorgada a los refugiados españoles de la guerra civil y la devolución de barcos cargados de judíos que eran devueltos a la Europa controlada por el nazismo. Un tema reciente son las expulsiones de protestantes de sus comunidades en estados como Chiapas, lo cual implica para ellos la pérdida de sus tierras y derechos agrarios.² En este mismo país, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación define a la discriminación religiosa y el derecho a la libertad de religión de la siguiente manera:

Se entiende por intolerancia y discriminación religiosa toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión que tenga como fin o efecto la abolición o el detrimento del reconocimiento, el goce o el ejercicio de los derechos humanos en igualdad de condiciones. La suspensión de derechos declarada por situaciones que pongan en peligro a la nación no será válida cuando, entre otros, se base únicamente en motivos de discriminación por religión. Aquella persona que con el propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter religioso, atenta contra la vida de personas que formen parte de estos grupos o imponga la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo, cometerá el delito de genocidio.

El derecho de las personas a la libertad de religión incluye la libertad de tener o adoptar la religión o creencias de su elección, de cambiarla, de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza o de formar asociaciones religiosas. Sólo se podrá limitar la

² Masferrer Kan, Elio, *Pluralidad religiosa en México*, México, Libros de la Araucaria, 2011, p. 63.

manifestación de la religión para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Las madres y padres o tutores tienen el derecho a que sus hijas o hijos o pupilos reciban la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones.³

Para dar una idea de la elevada discriminación en México por causas religiosas, se puede examinar la segunda encuesta nacional sobre discriminación de 2010. Este instrumento se aplicó en 301 municipios y se visitaron 13,751 hogares; los resultados que arrojó la referida encuesta son preocupantes al encontrarse que un tercio de la población aceptó la expulsión de personas por sus ideas religiosas, mientras que el 65.6% consideró que las autoridades deben “defender los derechos de los no católicos que vivan allí”; otro tercio planteó que se debe reubicar a los protestantes en otra parte.⁴ Por lo que respecta a la percepción de la intolerancia en la sociedad mexicana, 20.5% de los encuestados consideró que sus derechos no fueron respetados por su religión, mientras que en las minorías religiosas el 28.7% considera que sufrió “rechazo, falta de aceptación, discriminación y desigualdad”; exactamente la misma cifra se quejó de “burlas, críticas y falta de respeto”.⁵

III. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD Y SU PRESENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Señaladas anteriormente los dos problemas básicos que enfrentan las minorías, es momento de referirnos a la laicidad. Sin lugar a dudas, una institución fundamental para promover la igualdad de oportunidades de las minorías religiosas es el reconocimiento constitucional de la laicidad y los derechos aparejados con ella: la libertad de conciencia, de culto, de asociación y la propia libertad religiosa.⁶ Aunque tradicionalmente, la literatura jurídica muestra a la laicidad como instrumento indispensable para consolidar la separación entre el Estado y las Iglesias, o bien, para permitir el avance del racionalismo individualista frente a los credos de las religiones dominantes, también la laicidad debería ser reconocida como institución básica para garantizar

³ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, Enadis 2010, México, 2011, p.65 en Masferrer Kan, Elio, *op.cit.*, p.64.

⁴ Masferrer Kan, Elio, *op.cit.*, p.65.

⁵ *Ibidem*, p.66.

⁶ Sobre el concepto de libertad religiosa véase, Saldaña, Javier, *Derechos de las asociaciones y minorías religiosas*, en Medina González, Ma. Concepción (Coord), *Una puerta abierta a la libertad religiosa*, México, Secretaría de Gobernación, 2007, pp. 293-309.

constitucionalmente los derechos de las minorías religiosas. En este punto, el espectro latinoamericano es amplio.

Aunque todos los países latinoamericanos reconocen la libertad de conciencia, de cultos y/o religiosa, sólo México y Ecuador elevaron a rango constitucional el principio de laicidad (aunque este último aún invoca la potestad de Dios en su preámbulo). Así, la constitución Chilena reconoce en su artículo 19 la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos; Argentina reconoce en su artículo 14 la libertad de cultos, pero sostiene en su artículo 2 que el “gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano” y en su preámbulo invoca “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”; Colombia reconoce en su constitución la libertad de cultos y creencias, artículos 18 y 19 respectivamente, y en su preámbulo invoca la “protección de Dios” y reconoce en su artículo 42 que los matrimonios religiosos tienen efectos civiles en los términos dispuestos por las leyes; la constitución peruana en su preámbulo instituye que congreso constituyente “invocando a Dios todo poderoso... ha resuelto dar la siguiente constitución”, mientras reconoce la libertad de conciencia y religión en el artículo 3; asimismo, aunque la nueva constitución Boliviana de 2009 posee un extenso preámbulo donde se refiere a la composición plural del pueblo y su lucha anticolonial señala que con la fortaleza de “nuestra Pachamama y gracias a Dios” refundan Bolivia, mientras reconoce la libertad de religión, creencias y culto en sus artículos 4, 21 y 30; la constitución brasileña indica en su preámbulo que la constitución se promulga “bajo la protección de Dios” y reconoce la inviolabilidad de la libertad de conciencia, de creencia y el libre ejercicio de los cultos religiosos en su artículo 12; la constitución de Venezuela igualmente invoca la protección de Dios en su preámbulo e insta la libertad de creencias y religiosa en su artículo 59; Uruguay en su artículo 5 dispone que todos los cultos religiosos son libres y que el Estado no sostiene religión alguna, sin embargo reconoce a la iglesia católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del erario nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos”; la constitución de República Dominicana garantiza la libertad de conciencia y cultos en su artículo 45 e invoca la protección de Dios en su preámbulo; la constitución de Nicaragua producto de la revolución sandinista de finales de los setenta y principios de los ochenta del siglo pasado, aún cuando no invoca la protección de Dios en su preámbulo, hace un reconocimiento a los cristianos que se comprometieron a través de su fe en la liberación de los oprimidos y en la lucha revolucionaria, mientras en su artículo 29 reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de

conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión; la constitución cubana sencillamente dispone en su artículo 55 que el Estado respeta y garantiza la libertad de conciencia y de religión; la constitución de Honduras invoca la protección de Dios en su preámbulo y garantiza en su artículo 77 el libre ejercicio de todas las religiones e impide a los ministros de las diversas religiones ejercer cargos públicos o hacer propaganda política; la constitución de Paraguay invoca la protección de Dios en su preámbulo y dispone en su artículo 24 la libertad religiosa, la de culto y la ideológica, sin reconocer a ninguna confesión como oficial pero señala que las relaciones del Estado con la iglesia católica se basarán en la independencia, cooperación y autonomía.

La constitución guatemalteca es una de las más desproporcionadas en los derechos reconocidos a una religión particular, aunque reconoce la libertad de religión en el artículo 36 e invoca en su preámbulo “el nombre de Dios”, otorga privilegios específicos a la iglesia católica al estipular en su artículo 37 que se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica mientras las otras iglesias, cultos, entidades y asociaciones de carácter religioso obtendrán del Estado el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme las reglas de su institución; asimismo el Estado extenderá a la Iglesia católica, sin costo alguno, títulos de propiedad de los bienes inmuebles que actualmente y en forma pacífica posea para sus propios fines y sin poder ser afectar los bienes destinados a sus servicios; por último señala que los bienes inmuebles de las entidades religiosas destinados al culto gozan de exención de impuestos, arbitrios y contribuciones, al tiempo que dispone la posibilidad de los ministros del culto religioso para celebrar matrimonios civiles previa autorización de la autoridad administrativa (artículo 45). En mayor grado de desproporcionalidad la constitución de Costa Rica establece en su artículo 75 que la religión católica es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos; finalmente Panamá invoca la protección de Dios y estatuye en su artículo 35 que es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación *que el respeto a la moral cristiana* y reconoce que *la religión católica es la de la mayoría de los panameños* (las cursivas son mías), lo cual colocando a esta religión por encima de otras.

Ahora bien, no obstante su excepcionalidad de la laicidad en las constituciones latinoamericanas, desde el punto de vista de la legitimidad, tradicionalmente la laicidad se define como el régimen de convivencia social donde las instituciones políticas están legitimadas por el principio de soberanía popular y no por aspectos religiosos; esto implica una modificación del principio de la legitimidad en los Estados occidentales, los cuales aban-

donaron la legitimidad del Rey como representante de Dios en la tierra para evolucionar paulatinamente en estados constitucionales.⁷ En efecto, la laicidad debería ser una institución aparejada con el desarrollo de las democracias constitucionales y no es casualidad que los primeros estados constitucionales lucharan por suprimir los principios religiosos. Aún cuando muchas de las primeras constituciones en Occidente formularan referencias a Dios y a sus principales credos religiosos, a lo largo del siglo XIX y principios del XX los eliminaron poco a poco.

En los estudios políticos la laicidad puede ser examinada desde otra perspectiva. Blancarte antes de considerarla una forma fija y estable, la define como un proceso que implica un tránsito de la legitimidad religiosa a una constitucional y legal. En su opinión, de la misma manera que no existe una sociedad completamente democrática, como proceso, también es imposible referirnos a un Estado nacional completamente laico.⁸ En consecuencia, cualquiera de los Estados occidentales conserva aspectos culturales asociados a la iglesia con la cual se vinculó en sus orígenes. Por ejemplo, Estados Unidos culturalmente se identifica como un país protestante, el Reino Unido como un país anglicano y la mayoría de los países latinoamericanos como predominantemente católicos.

IV. LAICIDAD, SEPARACIÓN ESTADO-IGLESIA Y ESPACIO PÚBLICO

Por otra parte, es importante no confundir la institución de la laicidad con el principio de separación Estado-Iglesia. De la simple observación empírica es posible encontrar muchos Estados no laicos formalmente pero separados con claridad de sus principales iglesias y excluyentes de cualquier legitimidad religiosa. Esta confusión entre los criterios distintivos de la separación Estado-Iglesia y los constitutivos de la laicidad se debe, en buena medida, al hecho de que los Estados laicos históricamente adoptaron medidas de separación; sin embargo, esto no sucede siempre y es posible encontrar Estados laicos que no conocen formas de separación formal de su principal iglesia.⁹

Como se observa, las minorías religiosas en Occidente enfrentan tres principales variantes de Estado laico, todas asociadas al cristianismo. La primera corresponde a los países protestantes cuyas raíces históricas los con-

⁷ Blancarte, Roberto, *El porqué de un Estado laico*, en Blancarte, Roberto (Coord.), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, México, El Colegio de México, 2008, pp.29-30.

⁸ *Ibidem*, p.30.

⁹ *Ibid*, pp.30-31.

vierte en Estados bastantes laicos aún cuando cuentan con iglesias nacionales, como es el caso del Reino Unido. En el segundo predominan las iglesias ortodoxas, como en Rusia y Grecia, fuertemente arraigas en la sociedad y la política, donde el Estado es menos laico y depende en buena medida de la legitimidad proporcionada por estas iglesias. Con diversos grados de separación, los países mayoritariamente católicos como España, Portugal y los latinoamericanos representan la tercera variante; aquí casi siempre existe una relación tirante con la Iglesia dominante y el Estado se encuentra en una permanente búsqueda de autonomía, mientras la iglesia católica intenta obtener mayor influencia en las políticas públicas.¹⁰

En cualquiera de estas tres variantes, las minorías religiosas pueden encontrar poca tolerancia; además, aunque no es deseable en un estado laico que las minorías religiosas busquen influir en la esfera pública, encuentran casi vedada esta capacidad que es monopolizada por las iglesias cristianas dominantes, quienes cuentan con seguidores y recursos suficientes para luchar e influir abiertamente en las políticas. En aras de fortalecer el principio de laicidad, se debe acotar que ni las iglesias dominantes ni las minorías religiosas deberían buscar orientar influir en las políticas públicas de los estados donde se encuentran. Esto sólo provocaría que la esfera pública perdiera su relativa autonomía para permitir la injerencia religiosa de cualquier tipo en la toma de decisiones políticas.

Es importante no entender al Estado laico como una institución anti-religiosa o anticlerical *per se*, no obstante que en algunos momentos de su historia necesitó de la radicalidad para imponerse a sus orígenes religiosos. Conviene más comprender al Estado laico como la primera forma de organización política en Occidente que garantizó las libertades religiosas y la diversidad religiosa que viene incrementándose en décadas recientes. Así, debemos recordar que la libertad de conciencia, la libertad de culto y la tolerancia religiosa fueron propiciadas por el Estado laico.¹¹ En consecuencia, la primera obligación de éste es preservar la libertad de conciencia, basada en el derecho de cada persona a no ser forzada a pensar o asumir determinadas convicciones. Asimismo, este derecho está relacionado con la necesidad de construir un Estado constitucional de pluralidad religiosa donde se respeten las diversas creencias de las personas; en la medida en que no se afecten ni el orden ni la moral pública, ni los derechos de terceros, se convierte en una obligación estatal garantizar el derechos de todas las minorías religiosas a practicar sus propias acciones de culto.¹²

¹⁰ *Ibid*, pp-31-32.

¹¹ *Ibid*, pp.42-43.

¹² *Ibid*, pp.38-39.

Como señalamos arriba, se debe observar que la libertad de conciencia genera una pluralidad de creencias religiosas que obligan a la relativización de las creencias en el ámbito público, así como a la creación de normas jurídicas aceptables para todos y ajenas a cualquier doctrina religiosa, seculares y laicas; muchos países llaman a esto la moral cívica.¹³ No obstante que la moral pública con frecuencia se considera un terreno neutro en materia religiosa en las democracias occidentales, consideración favorecida por los sistemas políticos y los principales medios de comunicación, se debe acotar que el tema de la neutralidad de la moral pública es relativo. Ésta normalmente no es tan neutra como deberían serlo conforme a lo exigido por el principio de la laicidad; muchas instituciones y servidores públicos están influidos por las creencias religiosas de la cultura hegemónica.¹⁴ Ahora bien, aún cuando los políticos y legisladores están influidos en sus visiones del mundo por sus respectivas religiones (por ejemplo, en el Reino Unido la Cámara de Lores cuenta con asientos especiales para los obispos de la iglesia anglicana), por difícil que sea, no deberían imponer a la sociedad sus creencias, aún cuando esto sea de manera indirecta; su deber es cuidar por la neutralidad de la esfera pública.

V. LAICIDAD, SECULARIZACIÓN Y FUNDAMENTALISMO

En este momento es imprescindible distinguir entre secularización y laicidad. La primera se refiere ante todo a la dinámica social e implica una pérdida de lo religioso respecto de la cultura de un Estado nacional. En contraste, la laicización se refiere al papel de la religión dentro del campo institucional, el Estado y lo político.¹⁵ La secularización afecta la totalidad de la vida cultural de una sociedad y provoca la disminución de contenidos religiosos en las artes, la filosofía, la literatura, y lo más importante, en el surgimiento de una ciencia autónoma y secular. Al secularizarse una cultura observamos una secularización en la conciencia de los ciudadanos, quienes examinarán a sus instituciones políticas sin interpretación religiosa alguna.¹⁶ Desde luego, una sociedad secularizada será más propicia para el reconocimiento de los derechos de las minorías religiosas.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p.40.

¹⁵ Baubérot, Jean, *Transferencias culturales e identidad nacional en la laicidad francesa*, en Blancarte, Roberto (Coord), *Los retos de la laicidad...*, *op.cit.* p.56.

¹⁶ Sündal, Fatma, *Un ensayo sobre el proceso de secularización en Turquía*, en en Blancarte, Roberto (Coord), *Los retos de la laicidad...*, *op.cit.* p.403.

Finalmente, imposible concluir sin una breve reflexión sobre uno de los principales riesgos de la diversidad religiosa en los Estados laicos: los fundamentalismos. Estos son formas defensivas a ultranza de la vida religiosa y surgen como respuesta a lo que algunos practicantes consideran una amenaza a sus creencias religiosas por parte del estado laico. Los fundamentalistas están comprometidos en una lucha contra personas cuyas políticas y creencias laicistas consideran opuestas a su religión; no estiman esta batalla como una lucha política convencional, sino que la viven como una guerra cósmica entre las fuerzas del bien y del mal, rechazando las tendencias dominantes de la sociedad y creando una contracultura. Este fundamentalismo constituye una reacción contra la cultura laica y científica de los países occidentales, expandido desde entonces a otras partes del mundo. También puede constituir una reacción contra los avances del constitucionalismo democrático y laico, al que consideran como un movimiento contra los principios fundamentales de sus prácticas religiosas.¹⁷

Los fundamentalismos como prácticas al interior de algunas minorías religiosas carecen de legitimidad en el plano político y constitucional. Esto es debido no sólo a su aversión al laicismo, sino además a su abierta hostilidad contra la libertad de conciencia, al excluir como posibles y válidas otras expresiones no sólo de la vida política, sino además religiosa. Además, los fundamentalistas se excluyen cuando atentan contra la estabilidad social e institucional al alentar mecanismos violentos de acción política. Semejante actitud no sólo contradice el monopolio de la violencia legítima del Estado postulado desde el siglo XIX por Weber, sino además pugna contra las enseñanzas de paz y compasión promovidas por las principales religiones existentes en el mundo. En síntesis, mientras las minorías religiosas poseen la legitimidad suficiente para exigir el respeto de sus derechos y la no discriminación, en contraste, los fundamentalistas se ponen al margen del estado constitucional al alterar la paz social y desconocer el derecho de otros a practicar una religión distinta y convivir en un espacio público neutro.

¹⁷ Amstrong, Karen, *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el Islam*, México, Tusquets Editores, pp.23-26.

LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL PRESIDENCIALISMO IBEROAMERICANO Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

José Miguel MADERO ESTRADA*

SUMARIO: I. *Introducción a la doctrina clásica de la división de poderes y su dinámica evolución.* II. *Exégesis constitucional de la separación de poderes en México.* III. *Visión democrática de la división de poderes.* IV. *Características del sistema presidencial y su influencia en América Latina.* V. *El presidencialismo en latinoamérica y distribución del poder.* VI. *El rol del tribunal constitucional y sus desafíos en el contexto presidencial.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA CLÁSICA DE LA DIVISIÓN DE PODERES Y SU DINÁMICA EVOLUCIÓN

Como ya es conocido, la teoría de la división de poderes coincide con el fin de las estructuras del absolutismo monárquico. Fueron el inglés Jhon Locke (1632-1704) y el francés Charles de Secondant, Barón de Montesquieu (1689-1755), quienes señalaron la necesidad de dividir o separar el poder para evitar la invasión de funciones entre los órganos del Estado, protegiendo así la libertad de las personas.¹

Se debe a los Estados Unidos de Norteamérica la adopción del sistema de equilibrio del poder, o como se ha dado en llamar: los frenos y contrapesos *checks and balances*.² En comparación al modelo parlamentario, el sistema

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, catedrático de la Unidad Académica Facultad de Derecho desde 1989, de la cual fue su Director. Cuenta con perfil PROMEP y es miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT nivel 1. Se desempeña como magistrado de la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit.

¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 56.

² Término por el cual resulta de combinar las atribuciones que se confieren a cada una de las funciones del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial), así como el conjunto de excep-

presidencial norteamericano mantiene una separación de poderes rígida, puesto que su finalidad consistió en proteger a los ciudadanos del abuso de las autoridades.³

La finalidad de dividir o separar, al menos orgánicamente, las funciones del poder público, deriva de que *para que no pueda abusarse del poder, es preciso de que, por disposición misma de las cosas, el poder frene al poder*. En efecto, se busca dividir el ejercicio del poder y el desarrollo de las facultades estatales partiendo de que los órganos constitucionales se encuentran en el mismo nivel mediante la atribución de competencias expresas.

Sin embargo, la democratización alcanzada en los regímenes políticos junto con el desarrollo tecnológico y la apertura de fronteras, han modificado drásticamente los principios tradicionales dogmáticos, entre ellos el de soberanía y la autonomía de las políticas públicas, en razón de que el Estado tiene que compartir y cohabitar con otros poderes reales, no solo internos sino externos, el ejercicio de sus facultades constitucionales. Las empresas transnacionales, organismos no gubernamentales, medios de comunicación y tenedores del capital financiero, desarrollan un papel sumamente activo en las tareas del poder público,⁴ por lo que la división tripartita se ha convertido en un entramado institucional que no abarca de modo completo la organización y actuación del Estado, ya que existe un conglomerado social que ha reformulado los esquemas tradicionales plasmados en las cartas constitucionales, lo cual urge para crear nuevos modelos normativos que sean operativamente más eficaces para garantizar los fines estatales, entretejer mejor las relaciones entre sus órganos y el papel de todos y cada uno de los factores reales del cuerpo social: grupos empresariales, financieros, religiosos, tecnológicos, militares, informativos, sindicales, burocráticos, ciudadanos y partidos políticos.

El criterio sostenido en la actualidad es el de reconocer la existencia de una división funcional de poderes, siempre que los órganos del Estado respeten las garantías de legalidad y seguridad jurídica que consagra la Constitución.⁵

ciones para equilibrar las facultades otorgadas por la Constitución a los poderes, de manera que cada uno actúa como freno a los excesos de los otros.

³ Friedrich, Carl, Gobierno constitucional y democracia, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 357 y ss.

⁴ Algorri Franco, Luis Javier, División y legitimidad del poder político, ponencia Congreso Nacional de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2001.

⁵ En ese sentido la jurisprudencia: PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS. El citado principio se desarrolla constitucionalmente mediante la atribución de competencias expresas conferidas a los órganos superiores

En efecto, para la doctrina, el principio de división de poderes tiene algunos principios y significados, entre los que se encuentran los de legalidad e imparcialidad que se concretan en la supremacía de la ley y en su efectiva aplicación. A su vez, Carbonell y Salazar incluyen a los poderes y órganos constitucionales autónomos dentro de la división horizontal. Señalan al federalismo o regionalismo dentro de la división territorial del poder.⁶

Como ha dicho el tratadista Manuel García Pelayo, un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplida por distintos poderes⁷ y se han creado órganos constitucionales que comparten con los poderes formales, importantes decisiones.

Por ello se propugna por otras divisiones del poder en más de tres partes:⁸ a). La división horizontal, que se explica por la duración periódica de quienes ejercen un cargo público; b). La división de naturaleza decisoria, que comprende a los distintos actores que intervienen en la toma de decisiones políticas; c). La división vertical o federativa, que se refiere a la distribución del poder entre los órdenes de autoridad central, regional o local; d). La división social, que se comparte entre los distintos estratos o grupos de la comunidad; e). Una quinta, se expone por medio de una división del poder entre el gobierno y la oposición, con las consecuencias que implica compartir las decisiones en escenarios altamente complicados principalmente en las asambleas políticas deliberativas como son los Congresos y Ayuntamientos.⁹

Según Miguel Carbonell, la separación de poderes puede significar por lo menos tres cosas distintas: a) que las mismas personas no pueden formar parte de más de uno de los tres órganos de gobierno; b) que un órgano no

del Estado; en ese sentido, el principio limita la actuación de las autoridades, lo que significa que todo aquello para lo que no están expresamente facultadas se encuentra prohibido y que solo pueden realizar los actos que el ordenamiento jurídico prevé y, en particular, sobre las bases que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, este sistema competencial puede ser de diferentes formas, pues existen: a) prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; b) competencias o facultades de ejercicio potestativo, en donde el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida; y c) competencias o facultades de ejercicio obligatorio, en las que el órgano del Estado al que le fueron constitucionalmente conferidas está obligado a ejercerlas. (Novena Época. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, febrero 2006 Tesis: P./J. 9/2006 página: 1533, Materia: Constitucional Jurisprudencia).

⁶ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *División de Poderes y régimen presidencial en México*, UNAM, 2006, p. 65.

⁷ García Pelayo, Manuel, *Completas*, Madrid, 1991, nota 1 p. 58.

⁸ Algorri Franco, Luis Javier, *op. cit.*, 2001.

⁹ García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 109-114.

puede interferir en el desempeño de las funciones de los otros, y c) que un órgano no debe ejercer las funciones que tiene asignadas otro.¹⁰

Juventino V. Castro en su obra “Los desconocidos poderes políticos en la Constitución” se pronuncia por una nueva teoría del poder apoyado en lo que dispone el artículo 39 de la ley fundamental el cual diseña vagamente lo que él denomina como poderes federales y estatales, el poder electoral, el poder reformador de la Constitución, el poder municipal y los poderes autónomos.¹¹

De ahí que actualmente la división tripartita sea tan solo un subsistema de la división del poder, pero no el único, por lo que su funcionamiento y las exigencias de una sociedad más abierta y democrática que redundan en procesos institucionales de rendición de cuentas, así como de control del poder, frente a cualquier exceso, plantea cambios cualitativos que van más allá del esquema clásico de la división de poderes.

II. EXÉGESIS CONSTITUCIONAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN MÉXICO

La forma de gobierno republicana y federal en México tiene, en la división de poderes, uno de sus principios políticos fundamentales. Cuenta con antecedentes desde el nacimiento del Estado constitucional, a saber:¹²

1. En el artículo 9° del Acta Constitutiva de 1824 se estableció lo siguiente: *El poder supremo de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse en legislativo en un individuo.*

2. La Constitución federal de 1824, en su artículo 6° estableció, a su vez: *Se divide el supremo poder de la Federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.*

3. Las Bases Constitucionales de 1935, en su artículo 4°, establecieron: *El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso no por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones.*

¹⁰ Carbonell, Miguel; Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, UNAM, 2000, pp. 64 y ss.

¹¹ Castro y Castro, Juventino V., Los desconocidos poderes políticos en la Constitución, Porrúa, 2005.

¹² Véase al respecto “Antecedentes históricos y Constituciones políticas de los Estados Unidos Mexicanos”, Secretaría de Gobernación, Orden Jurídico Nacional y Diario Oficial de la Federación, tercera edición, 2008.

4. La Constitución de 1857, en su artículo 50, estipuló: *El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de éstos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo.*

5. En la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en 1917, su artículo 49 establece: *El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. No podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.*

6. Por lo que respecta a los estados de la Federación, la misma ley fundamental del país consagra las bases de la separación de poderes que los Constituyentes locales deben preservar incólume, ya que en su artículo 116 dispone que el poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en ejecutivo, legislativo y judicial, y no podrán reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, de tal suerte que dichos poderes se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las normas señaladas.

Este principio estructura un sistema de equilibrio de poderes, toda vez que debe ser obligatoriamente adoptado sin quedar al arbitrio de los Constituyentes estatales.

Si bien existe en todo el país el clásico modelo tripartito, algunas entidades federativas adoptan una semántica constitucional de particulares características, como enseguida se menciona:¹³

a). Las Constituciones locales que elevan como concepto de la división de poderes a la jerarquía de *Supremo Poder del Estado*, son: Aguascalientes, art. 14; Colima, art. 20; Nayarit, art. 22; Quintana Roo, art. 49; Sonora, art. 26; Veracruz, art. 17, y Zacatecas, art. 24.

b). Las cartas locales que enuncian este principio simplemente como división del *Poder Público*, son: Baja California Sur, art. 39; Campeche, art. 26; Chiapas, art. 14; Chihuahua, art. 31; Coahuila, art. 28; Estado de México, art. 34; Guanajuato, art. 36; Jalisco, art. 6º.; Guerrero, art. 26; Michoacán, art. 17; Morelos, art. 20; Oaxaca, art. 30; Querétaro, art. 23; Tabasco, art. 11; Tamaulipas, art. 22; Tlaxcala, art. 30 y Yucatán, art. 16.

¹³ Cienfuegos Salgado, David, (Comp.) Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos –que incluye la General, las de los estados y el Estatuto del Distrito Federal, vigentes al 15 de marzo de 2010–, Tomo 2, Fundación Académica Guerrerense AC, CEDEM, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, Escuela Libre de Derecho de Puebla y Editora Laguna, 2010.

c). La única Constitución que llama a la división de poderes como *Supremo Gobierno del Estado*, es la de Sinaloa en su artículo 19.

d). La Constitución de Hidalgo lo define como división del *Poder del Estado* en su artículo 26.

e). Existen aquellas Constituciones que estatuyen que el *gobierno del estado* es el que se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial, actuando libre y separada pero coordinadamente entre sí (Baja California, art. 11; Nuevo León, art. 30).

f). Otras Constituciones establecen que la soberanía del estado se ejerce por medio de los poderes: Coahuila, art. 3°; Estado de México, art. 4°; Hidalgo, art. 24; Michoacán, art. 12; Guerrero, art. 25; Oaxaca, art. 26; San Luis Potosí, art. 14; Sinaloa, art. 3°; Sonora, art. 22; Querétaro, art. 13; Quintana Roo, art. 4°; Tabasco, art. 9°; Tamaulipas, art. 20; Tlaxcala, art. 2°; Yucatán, art. 13 y Zacatecas, art. 19.

g). La Constitución de Guanajuato, en su artículo 3°, establece que el Poder Judicial es independiente de los poderes del estado, además de que, en ese punto, obliga al ejecutivo a garantizar la plena ejecución de las resoluciones judiciales.

h). En cuando al Distrito Federal, en su condición de sede de los poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos, se establece que su gobierno estará a cargo de los poderes federales, y de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial locales, siendo sus autoridades la asamblea legislativa, el jefe de gobierno y el tribunal superior de justicia (artículos 7o. y 8o. del Estatuto de Gobierno, 1994).

Conforme con su aplicación práctica, en la última década se han incrementado los controles en la organización y ejercicio del poder público, fenómeno que tiene origen principalmente en la alta competitividad de los procesos político-electorales, en la creación de órganos autónomos y, por supuesto, en las nuevas facultades del poder judicial de la Federación para arbitrar los conflictos entre poderes y declarar la constitucionalidad y legalidad de sus actos, así como en la gradual instauración de la justicia constitucional local.¹⁴

¹⁴ La expansión en México de la justicia constitucional local tiene su origen en la experiencia veracruzana del año 2000, despertando una gran expectativa, luego de que diversos estados en un breve periodo, adoptan garantías jurisdiccionales, aunque con instrumentos y órganos de control distintos. Han incursionado en esa tendencia, además de Veracruz, las entidades federativas de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas.

III. VISIÓN DEMOCRÁTICA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

De una manera simple pero no menos esclarecedora, la idea de la división de poderes puede abordarse desde el punto de vista gramatical. La palabra “poder” significa tener expedita la facultad o potencia de hacer una cosa, la capacidad de actuar y producir efectos. A su vez, el vocablo “división”, de la acción y efecto de dividir, quiere decir discordia, desunión de los ánimos y opiniones, aunque en realidad este último vocablo tenga una aplicación adecuada más bien al efecto de separar o repartir. Entonces, uniendo esos dos términos, se llamará así al principio que regula la actuación de los órganos del estado y de quienes ejercen la autoridad, al respecto de confiárseles las distintas funciones del estado, como son la de elaborar leyes, hacerlas cumplir y aplicarlas resolviendo los conflictos. Cuando dos o más de esas funciones se concentran en una persona o grupo de personas, las autoridades suelen cometer abusos y arbitrariedades manifiestas. Si bien, la división del poder es un término antiquísimo, existen otros sinónimos como “separación de poderes”, “distribución de funciones”, “distinción de poderes”, “reparto” e “independencia de poderes”. Algunos se conforman con el de “distribución de funciones en el ejercicio del poder”.

Sin embargo, en esta ideología descansa la visión de una sociedad democrática, toda vez que la finalidad primordial del sistema de división del poder, es la protección de los ciudadanos del abuso de autoridad, sin desconocer que también ha sido el origen y la causa de conflictos de competencia entre los órganos constituidos del Estado.

Con el paso del tiempo, la democratización social y de las instituciones ha modificado drásticamente los principios tradicionales dogmáticos de soberanía y autonomía, en razón de que los entes públicos se ven forzados a compartir y cohabitar con otros poderes reales al ejercer sus facultades constitucionales.

Así, la división tripartita no sólo ya no explica de modo completo la organización y funcionamiento del Estado, puesto que ahora la separación de poderes se da con la aparición de órganos constitucionalmente autónomos que no se integran a la estructura interna de los órganos tradicionales, sino que, con la finalidad de crear nuevos modelos normativos que sean operativamente más eficaces para garantizar los fines estatales, ha sido necesaria la inclusión de un árbitro que vele por el respeto y salvaguarda de la Constitución y con ella los derechos y libertades de las personas.

Desde esa perspectiva, gradualmente, las Constituciones modernas se alejan del marco rígido de separación de poderes, a través de varias me-

didadas: a) la aparición de órganos autónomos que no están subordinados a ninguno de los poderes, y que llevan a cabo funciones estatales; b) el surgimiento de organismos relevantes en materia de fiscalización y transparencia del gasto; y c) la defensa de la supremacía constitucional por vías jurisdiccionales y la protección de los derechos fundamentales mediante un órgano de control constitucional *ex profeso*, por lo que todo ello actualiza un análisis del rol que juega un tribunal constitucional en el marco de la separación de poderes en el contexto del sistema presidencial de gobierno.

Con vista en lo anterior, la separación de poderes tiende a ser menos hermética debido a que los entes cooperan y se coordinan con el remanente de los órganos constituidos, ello con el apoyo de una institución judicial que otorga equilibrio al orden constitucional del Estado, pues mediante el dictado de sentencias garantiza la supremacía constitucional y atiende la vigencia del principio democrático.

A su vez, la doctrina jurisprudencial pasó de ser estricta o aislada a gozar de un mayor dinamismo y pluralidad pues se ha reconocido expresamente la constitucionalidad de actos materiales de los poderes, destacando preponderantemente un significado democrático que va más allá de la rigidez con que fue concebida la división del poder.

Luego entonces, las formas de protección de la Constitución incluye una variedad de vías democráticas tales como los mecanismos de control constitucional en la solución jurídica de problemas políticos, los efectos de las sentencias y el surgimiento de la justicia constitucional mediante un órgano que en algunos países puede considerarse un auténtico poder en sí mismo: el tribunal constitucional.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PRESIDENCIAL Y SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA

Jorge Carpizo señaló en su obra clásica que la forma más accesible para captar la esencia de un sistema presidencial o parlamentario era enumerando y contrastando sus características, y expuso lo siguiente:

- a) El Poder Ejecutivo es unitario. Está depositado en un presidente que es, al mismo tiempo, jefe de Estado y jefe de gobierno.
- b) El presidente es electo por el pueblo y no por el Poder Legislativo, lo cual le da independencia frente a éste.
- c) El presidente generalmente nombra y remueve libremente a los secretarios de Estado.

d) Ni el presidente ni los secretarios de Estado son políticamente responsables ante el congreso.

e) Ni el presidente ni los secretarios de Estado, como regla general, pueden ser miembros del congreso.

f) El presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del congreso.

g) El presidente no puede disolver el congreso, pero éste no puede darle un voto de censura.¹⁵

Como características predominantes, tenemos que en el sistema presidencial el juicio de responsabilidad política es excepcional, difícil de llevarse a cabo en contra del presidente quien, si bien cuenta con la facultad de veto a las leyes, el Congreso puede superarlo por mayoría calificada de legisladores presentes; de igual forma, el ejecutivo conserva el monopolio para presentar el proyecto de presupuesto de ingresos y egresos aunque corresponde al legislativo su aprobación, pero el presidente tiene amplias facultades legislativas para iniciar leyes, emitir decretos-ley, dictar leyes de emergencia y ejercer potestades reglamentarias.

Ahora bien, el constitucionalismo latinoamericano tuvo en sus albores, cuatro influencias primordiales en la configuración de sus instituciones: la estadounidense; la española liberal proveniente de la Constitución de Cádiz; el pensamiento francés, en forma principal, las ideas de Rousseau, Montesquieu y Siéyes, y la de los códigos fundamentales de 1791, 1793 y 1795; e indirectamente la inglesa en las obras de Locke, Blackstone y otros; en algunos documentos de la época se afirma que los constituyentes tuvieron como guía a la Constitución inglesa.¹⁶

En términos generales, puede afirmarse que la Constitución estadounidense influyó en América Latina en la parte orgánica, y la Constitución de Cádiz en la parte dogmática y en algunos aspectos como la noción de soberanía nacional, de origen francés; la incorporación de garantías; el sistema de reformas constitucionales; el régimen electoral indirecto de varios grados; el monopolio de la religión católica; el refrendo ministerial; algún grado de descentralización política proveniente de las diputaciones provinciales.¹⁷

¹⁵ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, pp. 13 y 14.

¹⁶ Carpizo, Jorge, "Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina", en García Ramírez, Sergio (Coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas De González Mariscal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, Tomo I, pp. 307-308.

¹⁷ *Ídem*.

De manera que los sistemas presidenciales latinoamericanos al inspirarse en Estados Unidos de América, establecieron un presidente fuerte, algunas veces controlado por el Congreso, de acuerdo con los siguientes antecedentes:¹⁸

a) El derecho público inglés, ya que en parte trataron de imitar, aunque deformándolo, el sistema monárquico de Inglaterra; en lugar de un jefe de Estado hereditario, querían uno de elección popular, con funciones limitadas en el tiempo.

b) La Constitución de Nueva York de 1777 y, en menor medida, la de Massachussets de 1780, que configuraron ejecutivos independientes con los rasgos principales que después estructuraron la presidencia estadounidense. Descartando los modelos de las Constituciones de Carolina del Norte y Rhode Island donde existían legislativos sin mayores frenos.

c) Las obras de Locke, Montesquieu y Blackstone, en las cuales “el Poder Ejecutivo no está delineado en términos de suspicacia o aversión”.¹⁹

Estas fueron algunas fuentes que ayudaron a crear el sistema presidencial, acentuándose en latinoamérica la concentración de poderes, con la idea de establecer repúblicas siguiendo el modelo estadounidense como un ideal democrático con equilibrio de poderes.

V. EL PRESIDENCIALISMO EN LATINOAMÉRICA Y LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER

Latinoamérica ha adoptado el modelo gubernamental presidencialista, tanto en los contenidos constitucionales y en la práctica, donde en no pocos casos el caudillismo y la falta de espíritu asociativo y democrático que caracteriza al subdesarrollo cívico, político y económico de una parte del continente, han determinado una presencia hegemónica del poder presidencial y un papel desafiante para las asambleas legislativas.²⁰

¹⁸ Si bien es cierto que la influencia del sistema presidencial norteamericano fue decisiva, en opinión de Diego Valadés, la fuerza del presidente comparado con otros sistemas, es inferior; pues de por medio está el control que ejercen ambas Cámaras del Congreso y aquel que deriva del propio sistema federal: “El mayor poder del presidente deriva de la posición hegemónica mundial de estados Unidos, en materia militar y económica, y de su capacidad de vetar las decisiones del Congreso”, Valadés, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, el Colegio Nacional, UNAM, México, 2007, p. 8.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 308-309.

²⁰ Quiroga Lavié, Humberto, *Las Constituciones Latinoamericanas*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 72-73.

El presidencialismo latinoamericano está influido también por el modelo bolivariano, “cargado de competencias propias y con medios de influjo y presión sobre los demás organismos del Estado”. Luis Carlos Sáchica, sostiene que el “apogeo del Ejecutivo se explica por antecedentes históricos, provenientes de los regímenes precolombino y colonial, de motivaciones psicológicas, derivadas de la prestancia carismática de conquistadores y caudillos y de una estructura social donde se advierte inexistencia de pluralidad de poderes distintos y opuestos. Sáchica remata observando que “en el estadio del subdesarrollo, el poder no se ha institucionalizado sino que determina la necesidad funcional de instaurar ágiles órganos unipersonales que desfavorecen a las vocingleras asambleas deliberantes. Síntesis exacta de las razones que han determinado el fenómeno concentrador del poder en nuestros países.²¹

Por su parte, desde una perspectiva institucional, Allan R. Brewer-Carías afirma que la separación de poderes en América latina ha originado el inmovilismo del Estado y le ha impedido cumplir sus cometidos; ello apoyado, además, por la ausencia de representatividad de las asambleas legislativas.²²

El activismo del presidente se manifiesta en dos cualidades: ejerce al mismo tiempo la jefatura del Estado y del gobierno, generalmente por un periodo determinado, de elección directa, en razón de lo cual el principio de separación de poderes es un factor que dificulta la independencia de las asambleas legislativas. Aunado a ello, Los ministros no controlan en la práctica la gestión presidencial, porque ellos pueden ser removidos libremente: “sus lazos personales y políticos con el presidente los hace asesores subalternos”.

Así, potestades que forman una misma línea conceptual, como las de tomar medidas prontas de seguridad, el derecho de veto legislativo, el ejercicio aunque acotado de facultades extraordinarias, el proponer la designación de los altos cargos, dictar reglamentos, así como disponer el urgente tratamiento de las leyes mediante la iniciativa preferente y la destitución de los empleados del Estado, confirma la apreciación de que la jefatura política es por antonomasia una función del presidente.

En este sentido, la Constitución de Chile faculta al presidente a solicitar autorización para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo

²¹ Fix-Zamudio, Héctor, “El sistema presidencial y la división de poderes”, Libro de homenaje a Manuel García Pelayo, Caracas, Universidad Central, p. 311.

²² Brewer-Carías, Allan R., Cambio político y reforma del Estado en Venezuela, Madrid, Tecnos, 1974, p. 173

no superior a un año, en materias que le corresponden al dominio de la ley (art. 61)²³. Mientras que en Panamá, el presidente puede recibir por delegación la atribución de facultades extraordinarias precisas, durante el receso de la asamblea legislativa, en casos de necesidad, para ser ejercitas a través de decretos-leyes (art. 153.16).²⁴

Por su parte, los decretos-leyes ejecutivos son dictados por el presidente de la República sin necesidad de una delegación legislativa, por imperio de una competencia que en tal sentido le reconoce la propia Constitución, con valor de ley propia y al margen de situaciones de urgencia. Esto implica una virtual suma del poder público capaz de generar un ejercicio autoritario del gobierno, facultad consagrada en Chile (art. 32.8), Colombia (art. 341), Nicaragua (art. 150.4), Cuba (art. 88.c. y 91.h).

Asimismo, respecto a las leyes de necesidad y urgencia, en Brasil el presidente puede dictar medidas provisorias en casos de emergencia (art. 59.V), aunque con la posterior ratificación del Congreso, en términos similares, Costa Rica (art. 140.4), Chile (art. 40), República Dominicana (art. 37.8), Ecuador (art. 78.n), El Salvador (art. 167.6); Guatemala (art. 138); Honduras (art. 187); México (art. 29);²⁵ Nicaragua (art. 150.9); Panamá (art. 51); Paraguay (art. 79); Perú (art. 231.b); Uruguay (art. 168.17); Venezuela (arts. 240, 242 y 243).

Es conveniente distinguir las atribuciones legislativas extraordinarias del presidente, de las que ejerce a través de decretos-leyes, porque éstos son dictados no como atribuciones de excepción sino como potestades propias

²³ Sin embargo están excluidas las leyes orgánicas constitucionales, las de quórum calificado, las que regulan las garantías constitucionales, la nacionalidad y ciudadanía, las electorales, y las que disponen plebiscitos.

²⁴ Dichas medidas no podrán alcanzar a los tratados internacionales, al presupuesto, a los impuestos, ni a las garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de partidos y la tipificación de delitos.

²⁵ Recientemente, el presidente de los Estados Unidos Mexicanos remitió al Congreso varias iniciativas en materia de derechos humanos, una de ellas siendo la ley reglamentaria del artículo 29 de la Constitución, relativa a la suspensión de garantías, con la cual se busca regular la facultad del gobierno federal para suspender las garantías de los ciudadanos y definir los límites en los que el gobierno federal podrá hacer uso de esta facultad.

Este documento legislativo enviado al Senado de la República propone que la suspensión de garantías se dará en casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro aspecto que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, como amenazas a la seguridad nacional, desastres naturales o contingencias de salud pública. Sin embargo, la suspensión sólo podrá ser temporal, en un área geográfica determinada y deberá ser aprobada por el Congreso en un máximo de 72 horas posteriores a la solicitud presidencial. En ningún caso o circunstancia se podrán suspender las garantías del derecho a la vida, a la integridad personal, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento y a los derechos políticos.

o reservadas al ejecutivo, ajenas al ámbito del legislativo. El mayor poder, en tal caso, lo tiene el ejecutivo chileno, el cual puede llegar a convertirse en legislador ordinario si cuenta con un tribunal constitucional complaciente que no atine a limitar sus pretensiones legisferantes. Cuba también marca un caso de poder irrestricto a favor del ejecutivo, pero con el límite de que los decretos-leyes sólo pueden dictarse en receso de la asamblea nacional. Nicaragua establece un poder legislativo ordinario a favor del presidente, pero sólo en materia fiscal y administrativa. El caso colombiano es mucho más razonable porque habilita al presidente luego de la inercia del Congreso y sobre materias precisas: la planificación.

Las potestades extraordinarias que los sistemas constitucionales reconocen para ser ejercidos durante el Estado de sitio, suponen la declaración previa de la emergencia, a partir de procedimientos que implican la intervención legislativa; aunque sí es cierto que las Constituciones reconocen la atribución ejecutiva para dicha declaración en ciertos pasos sin necesaria intervención ratificadora; en todo caso, se trata de medidas y no de leyes, lo cual también ocurre en Colombia a favor del presidente para retener personas sin que exista Estado de sitio.

La Constitución colombiana de 1991 prevé que el presidente de la República pueda solicitar trámite de urgencia para cualquier proyecto de ley: en tal caso la respectiva Cámara deberá decidir sobre el mismo dentro del plazo de treinta días (art. 163). También en la Constitución brasileña de 1988 está previsto que el presidente podrá demandar urgencia para el tratamiento de proyectos de iniciativa. En tal caso si ambas Cámaras del Congreso no se expidieren sobre dichos proyectos en el plazo sucesivo de cuarenta y cinco días (art. 64.2). En un sentido similar, Chile (art. 71); República Dominicana (arts. 39 y 41); Ecuador (art. 65); Guatemala (art. 176) y Venezuela (art. 168). Destacadamente en México el día de la apertura de cada periodo ordinario de sesiones, el presidente puede presentar hasta dos iniciativas para trámite preferente, o señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores, cuando estén pendientes de dictamen (art. 71).

Respecto al poder judicial latinoamericano, en el marco del sistema presidencialista, es el que puede controlar por excelencia los poderes de gobierno. La inamovilidad de sus miembros es uno de los pilares funcionales que asegura su autonomía decisional. En ese sentido la mayoría de las Constituciones latinoamericanas prevén el principio de independencia judicial, tal es el caso de Argentina (art. 96); Bolivia (arts. 116 y 120); Brasil (art. 95 y 99); Costa Rica (arts. 153 y 154); Chile (art. 73); Ecuador (art. 92-96); El Salvador (art. 172); Guatemala (arts. 203 y 204); Haití (art. 177); Honduras

(arts. 303, 306 y 310); México (arts. 17 y 94); Nicaragua (arts. 158-167); Panamá (arts. 198, 207 y 212); Paraguay (arts. 195, 202 y 205); Perú (art. 233); Uruguay (arts. 254 y 255); Venezuela (arts. 205 y 207); y Colombia (arts. 228, 229 y 230).

Del mismo modo, resulta relevante señalar que en Cuba no se encuentra garantizada la independencia del poder judicial; por el contrario, los tribunales reciben instrucciones del consejo de gobierno, encontrándose subordinados jerárquicamente tanto a la asamblea nacional como al consejo (art. 122). En dicho sistema hay una lectura distinta de la asignación de poderes: mientras, por un lado, se le otorga la función judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes a la asamblea nacional, por el otro, se le da poderes de gobierno al tribunal supremo, al encomendarle la salvaguarda del régimen económico, social y político de la Constitución (art. 73.c y 123.b).

Por otra parte, respecto de la justicia constitucional en latinoamérica, Héctor Fix-Zamudio, ha señalado que “el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad ha tenido un desarrollo que podemos calificar de sorprendente”.²⁶ Ello debido a la gama de variantes de mecanismos de control constitucional que se han ido incluyendo en los textos constitucionales, así como en las leyes reglamentarias respectivas, originando un sistema completo de defensa de la Constitución, que pone un coto al sistema presidencial tradicional autoritario.

VI. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO PRESIDENCIAL

En américa latina existen cuatro sistemas de control constitucional, a saber, el difuso, el concentrado, el mixto donde coexiste tanto el modelo difuso y el concentrado y en algunos casos el control legislativo. Al respecto, los modelos de justicia constitucional basan la jurisdicción constitucional en tribunales constitucionales o mediante órganos con facultades materialmente de control de la supremacía constitucional, ya sea fuera de la estructura del poder judicial, dentro del mismo incluyendo salas constitucionales y en otras ocasiones dotando de facultades de control constitucional a la corte suprema, tal como enseguida se presenta:

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 149 y ss.

CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
FUERA DEL PODER JUDICIAL

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>Corte</i>	<i>Datos</i>
Guatemala	1965	Corte de Constitucionalidad de Guatemala	No era permanente, se integraba sólo cuando se intentaba una acción de inconstitucionalidad.
	31-05-1985	Corte de Constitucionalidad	Fue el primer tribunal constitucional en América Latina Nueva Constitución
Chile	1971	Desaparece por el golpe militar	
	11-09-1980	Se restablece en la nueva Constitución aprobada por plebiscito, art. 81 c. vigente	
Ecuador	1945, 1967	Tribunal de Garantías Constitucionales	Funciones limitadas
	1978	Tribunal de Garantías Constitucionales	Se restablece en la Constitución de 1978 aprobada en referéndum
	11-08-1998	Nueva Constitución	Reforma constitucional de 1996
Perú	1978	Tribunal de Garantías Constitucionales	
	1993	Tribunal Constitucional	

CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DENTRO
DEL PODER JUDICIAL

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>Corte</i>	<i>Datos</i>
Bolivia	11-08-1994	Tribunal Constitucional	
	1999	Tribunal Constitucional Plurinacional	Los magistrados se ratifican vía referéndum
Colombia	07-07-1991	Corte Constitucional	Arts. 239 a 245 de la nueva Constitución.

SALAS CONSTITUCIONALES QUE FORMAN PARTE
DE LAS CORTES SUPREMAS

<i>País</i>	<i>Año</i>	<i>Corte</i>	<i>Datos</i>
El Salvador	15-12-1983	Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia	Art. 174 constitucional
Nicaragua	Enero de 1987 1995	Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional	Constitución reformada en 1995
Costa Rica	18-08-1992	Sala de Constitucionalidad	Reformada en 1989 a la Constitución de 1949
Paraguay	20-06-1992	Sala Constitucional	Art. 260 de la Constitución de 1992
Venezuela	Diciembre de 1999	Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia	Art. 262.

CORTES O TRIBUNALES SUPREMOS ORDINARIOS QUE REALIZAN
FUNCIONES DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<i>País</i>	<i>Corte</i>	<i>Datos</i>
Argentina, Brasil, Honduras, Panamá, Uruguay y México	El control de constitucionalidad es ejercido por un tribunal que suele ser el órgano de cierre del poder judicial	Es de naturaleza bifronte, pues ejercen funciones de control constitucional y de mera legalidad.

En ese sentido, existen en América Latina órganos que ejercen el control constitucional a través de un tribunal *ex profeso*, que de manera formal constituye un tribunal constitucional, ya sea dentro o fuera del poder judicial, a través de salas constitucionales, o bien mediante el fortalecimiento de las cortes supremas en las que se ha ido fortaleciendo gradualmente el control constitucional, depurando competencias de mera legalidad, como en el caso mexicano por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, se evidencia que la jurisdicción difusa de control constitucional, la ejercen Argentina (art. 100); Brasil (art. 97); Bolivia (art. 122.2);

Colombia (art. 216); Guatemala (art. 272.d); Ecuador (art. 138); Honduras (art. 315); México (arts. 1º y 103); Nicaragua (art. 165); Paraguay (art. 200); Perú (art. 236); países en los que los jueces en los asuntos sometidos a su jurisdicción, pueden desaplicar una norma cuando la misma sea contraria a la Constitución, resolviendo el asunto con parámetros de constitucionalidad.

En estos casos el sistema de constitucionalidad se muestra más completo, habida cuenta que en un sistema difuso se pueden ejercer mecanismos de control de constitucionalidad concentrado, incluso por acción popular, llegando al reconocimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, caso de la *injunction* en Brasil.

De cualquier manera, el alcance de la intervención de las supremas cortes no ha tenido la misma trascendencia en todos los países, pues por ejemplo en Argentina ha jugado incluso, frente a los avatares de gobiernos *de facto*, la función de un verdadero guardián de la Constitución al ejercer control sobre el gobierno.

Luego, ante los desafíos contemporáneos de los poderes públicos y privados en torno a la sociedad y el Estado democrático, la justicia constitucional ha puesto en evidencia la necesidad de la defensa de los derechos fundamentales y el control del poder.

Aunque con matices diferentes, se comparte en América latina un *ius publicum commune* basado en los principios de la democracia constitucional y los derechos humanos, aunque el desarrollo concreto de los mismos presenta mayores o menores grados de cumplimiento.

En las sociedades contemporáneas globalizadas, la posición y el rol que cumple la justicia constitucional como defensora de la Constitución está vinculada directamente con los alcances y los límites de sus respectivos procesos democráticos. Una sociedad moderna que alcanza estándares democráticos, temprana o tardíamente, ha logrado que juegue un rol de afirmación de la democracia y control efectivo del poder. Mientras que, en las sociedades con un desarrollo democrático precario, la justicia constitucional cuando ha pretendido judicializar la política, se ha desenvuelto en medio de tensiones políticas importantes.

Es cierto que el desarrollo de la justicia constitucional no ha sido fortuito en ninguna experiencia histórica, sea en el sistema de control difuso de leyes en manos del poder judicial o en el sistema de control concentrado bajo responsabilidad del tribunal constitucional; sin embargo, la tensión que dichos procesos de judicialización de la política han provocado, se ha resuelto en el derecho comparado por vías institucionales, a través de reformas constitucionales o legales que dieron lugar al desarrollo de la juris-

prudencia y de la doctrina constitucional, garantizando la independencia de poderes.²⁷

No obstante, la legitimidad del Estado democrático y constitucional no radica sólo en el resultado de unas elecciones limpias y transparentes, sino y de modo sustancial en la protección y el mayor fomento de los derechos fundamentales. Ello es así, por cuanto la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como establece el artículo 1º de la Constitución mexicana, constituyen las bases del orden social y jurídico de cualquier Estado democrático consolidado o en formación, dado que aseguran la paz y garantizan el desarrollo social en libertad. Precisamente, en el proceso de democratización, que la justicia constitucional juega un rol no sólo de defensa, sino también de promoción de los derechos fundamentales.

En cambio, en las democracias no consolidadas, el rol de los tribunales constitucionales como encargados de tutelar los derechos fundamentales y controlar la constitucionalidad de las leyes, presenta un balance insuficiente debido a que la jurisdicción constitucional sólo es plenamente válida en sociedades con gobiernos democráticos y con una sociedad que vive una cultura de la libertad; de lo contrario, las sentencias de defensa irrestricta de los derechos humanos, quedan a merced de la voluntad y las decisiones del gobierno.

Una primera razón de ello, se encuentra en la ideología jurídica positivista predominante en los poderes del Estado, que únicamente acatan las resoluciones fundadas rígidamente con base en el principio de legalidad y no de constitucionalidad, de manera que los poderes no reaccionan con voluntad democrática cuando se emite jurisprudencia constitucional independiente e innovadora.

Otra razón radica en la falta de independencia judicial respecto del poder político en turno tratándose de la nominación de los magistrados constitucionales, toda vez que la mayoría y minoría parlamentarias o el gobierno, buscan asegurar el nombramiento de personas afines o no proclives a desvincularse del poder político presidencial, de manera que la justicia constitucional se transforma en caja de resonancia jurídica del conflicto político entre el gobierno y la oposición.²⁸

²⁷ Landa, Cesar, Derechos fundamentales y justicia constitucional, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, volumen 45, 2011, p. 235.

²⁸ Cfr. Astudillo, César, El reclutamiento de los ministros de la Suprema Corte. Comentario al artículo 96, Derecho Constitucional, documento de trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, enero 2009; y Licona Vite, Cecilia, Designación de los ministros de la Suprema Corte de *Justicia de la Nación*, una aproximación al derecho comparado, CEDIP, LX Legislatura de la Cámara de Diputados, abril de 2009.

VII. CONCLUSIONES

El tribunal constitucional tiene que redimensionarse fortaleciendo su función de controlar al gobierno mediante la interpretación y aplicación de la ley, en defensa del orden y los valores de la persona humana, característicos del principio de supremacía jurídica de la Constitución y de la supremacía política de la democracia. Esto sólo es posible, partiendo de reconocer, junto al carácter jurídico de la labor de la justicia constitucional, la naturaleza y las consecuencias políticas de su jurisprudencia.

La revaloración de la jurisdicción constitucional en los países con democracias en desarrollo requiere volver a pensar los fundamentos de la teoría de la Constitución, pues un tribunal constitucional no puede funcionar actualmente bajo los auspicios del positivismo jurídico rígido, toda vez que los problemas tienen solución en la medida de brindar seguridad y protección a las personas en el goce de los derechos fundamentales.

El sistema jurídico constitucional descansa sobre la base del principio de supremacía de la Constitución, poniéndolo principalmente al servicio del desarrollo humano y del bienestar de la persona, en este contexto, es que se puede ubicar el rol de la justicia constitucional y ordinaria, como instrumentos de control del poder, ante las tensiones producidas por el control político entre poderes propio del clásico modelo de la democracia representativa. Este rol no es otro que judicializar la solución de las controversias del Estado y la sociedad a fin de que los poderes públicos y privados se sometan al sistema jurídico y a las decisiones del poder judicial y del tribunal constitucional, mediante la reforma del sistema judicial a través de las nuevas técnicas de la actividad jurisdiccional; de lo contrario, cualquier reforma judicial se convertiría en un fracaso.²⁹

Sin embargo, los organismos encargados de impartir justicia no pueden ni deben remplazar a los poderes políticos de las funciones que la Constitución consagra, aún cuando estos no hayan tenido el éxito esperado en sus tareas de promover el bienestar y proteger las libertades; sino que, debe servir, particularmente al tribunal constitucional, para suplir las deficiencias de los clásicos poderes del Estado. Esto pone en evidencia la vinculación entre la justicia constitucional y la democracia. Por ello, los regímenes dictatoriales propenden a endurecer medidas para someter al poder judicial y controlar a los tribunales constitucionales.³⁰

²⁹ *Ibidem*, p. 214.

³⁰ *Ibidem*, p. 215.

Por ende, el desafío es lograr una democracia moderna, donde la justicia contribuya a la paz y estabilidad del sistema político,³¹ a efectos de juridificar la solución de los conflictos del proceso político, racionalizando así la actuación de los poderes públicos con un pacto social afianzado en la Constitución, donde no queden excluidos los instrumentos de control político a cargo del Congreso.

De ahí que la idea de un tribunal constitucional que proteja las competencias constitucionales de los poderes constituidos, sino que también fortalezca una relación de coordinación institucional para el respeto irrestricto de la Constitución, de manera que los conflictos suscitados por el dinámico actuar de los poderes, no se vea polarizado por el avasallante predominio presidencial.

Pero hay que tomar en cuenta que apostar por la alternativa de moderar y limitar los excesos del régimen presidencial sustituyéndolo por un régimen parlamentario, puede resultar inviable y demagógico. Si bien debe pugnarse por un sistema en el que el presidente sea moderado y fuerte, además de las reglas del pluralismo, sus actos y omisiones deben ser controlados judicialmente, como corresponde a una democracia.

De esta forma, se debe reforzar la jurisdicción constitucional en el seno de un Estado de derecho que tenga por finalidad coadyuvar al desarrollo humano, donde la legitimidad democrática del poder se justifique a partir de la existencia y tutela a nivel real de los derechos fundamentales, por lo que todo juez constitucional en aras de garantizar el desarrollo humano y el aseguramiento de los derechos humanos, puede válidamente controlar los excesos de los poderes públicos, aplicando e interpretando debidamente la Constitución y las leyes.

No obstante el diseño organizativo del tribunal constitucional y su ubicación en la separación de poderes, es aconsejable que el modelo de defensa de la Constitución se garantice mediante una elección técnico-política de los magistrados constitucionales, mediante la preselección de candidatos y su evaluación en audiencias públicas o bien mediante reclutamiento y exámenes abiertos, aunado a un perfil adecuado de los candidatos, que permita seleccionar aquellos que demuestren una trayectoria democrática, imparcial, profesional, con alto sentido de compromiso social, cualidades humanas como la tolerancia, el pluralismo, así como una formación basada en el respeto de los derechos humanos y de la defensa de la Constitución como norma suprema y pacto nacional.

³¹ Ídem.

La funcionabilidad del Estado depende en gran medida de la institucionalización del tribunal constitucional como órgano jurisdicción imparcial, independiente, encargado de velar por salvaguardar la supremacía de la Constitución, funcionando como árbitro de los conflictos políticos en aras de mantener el respeto a la separación de poderes, con lo cual se fomenta un auténtico ejercicio y goce la libertad e igualdad entre todos los ciudadanos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALGORRI Franco, Luis Javier, *División y Legitimidad del poder político*, ponencia Congreso Nacional de Derecho Constitucional UNAM, México, 2001.
- ASTUDILLO, César, *El reclutamiento de los ministros de la Suprema Corte. Comentario al artículo 96*, Derecho Constitucional, documento de trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, enero 2009.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, Tecnos, 1974.
- Antecedentes históricos y Constituciones políticas de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, Orden Jurídico Nacional y Diario Oficial de la Federación, tercera edición, 2008.
- CARBONELL, Miguel; Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, UNAM, 2000.
- CARBONELL, Miguel y Salazar, Pedro, *División de Poderes y régimen presidencial en México*, UNAM, 2006.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.
- _____, Jorge, “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, en García Ramírez, Sergio (Coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas De González Mariscal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, Tomo I.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., Los desconocidos poderes políticos en la Constitución, Porrúa, 2005.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, (Comp.) Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos –que incluye la General, las de los estados y el Estatuto del Distrito Federal, vigentes al 15 de marzo de 2010–, Tomo 2, Fundación Académica Guerrerense AC, CEDEM, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, Escuela Libre de Derecho de Puebla y Editora Laguna, 2010.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El sistema presidencial y la división de poderes”, *Libro de homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, Universidad Central.
- , *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968.
- FRIEDRICH, Carl, *Gobierno constitucional y democracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- LANDA, César, *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, volumen 45, 2011.
- LICONA Vite, Cecilia, *Designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, una aproximación al derecho comparado, CEDIP, LX Legislatura de la Cámara de Diputados, México abril de 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.
- MADERO Estrada, José Miguel, *Guía Temática de la Constitución, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit*, Unidad Académica Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, México 2012.
- QUIROGA Lavié, Humberto, *Las Constituciones Latinoamericanas*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994.
- VALADÉS, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, el Colegio Nacional, UNAM, México, 2007.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.*

LOS RETOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN IBEROAMÉRICA. SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN

Daniel MONTERO ZENDEJAS*

SUMARIO: I. *Retos del Estado*; II. *Globalización y soberanía*. III. *Expresiones iberoamericanas de la democracia participativa*. IV. *Participación ciudadana en votaciones de los países de la OCDE, 2011*. V. *Índice de confianza en las instituciones, 2011*. VI. *Conclusiones*.

I. RETOS DEL ESTADO

Asistir al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, en esta ciudad de Tucumán, Argentina, significa estrechar de manera objetiva el idealismo científico que deviene de una hermandad hemisférica que nos articula en el quehacer cotidiano de nuestras realidades, bajo los signos comunes de entender a la historia como la hazaña de la libertad, parafraseando a Croce y al Estado, como esa hechura perfecta del hombre para el hombre.

Hoy, en este despertar de milenio, los signos de nuestra transformación se ubican en el proceso de mundialización, como lo narran nuestros colegas hispanos y el concepto de soberanía; pues las grandes interrogantes de nuestro devenir han oscilado en conceptos como nación, patria y estado. Conceptos, todos ellos que nos muestran ese realismo que se nutre de nuestro pretérito y nos proyecta como, se ha demostrado en el tiempo, de naciones libres que entendemos los retos de una aldea global, para que de esa manera, podamos convivir y coexistir en armonía con nuestros congéneres.

Los desafíos del estado moderno, son sin lugar a duda, cada vez mas monumentales, por definirlos de alguna manera, atrás quedó la sentencia

* Profesor e investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

de Antonio cuando señalaba que el estado liberal encogido de hombros ya no creía en nada, ni en sí mismo.

La evolución del estado va en sintonía con la evolución del hombre, de ahí que sea considerado como una entelequia, que oscila como la mejor expresión de organización moderna, aunque nos refiramos a su consideración añeja de su devenir. Así, lo idealizamos y le asignamos categorías como la del poder y su monopolio, en términos de Weber la división entre los órganos de su estructura, atrás quedó el matriarcado, el clan, la tribu, la horda, la gens; para entender la teoría violenta de su génesis y recordar que la guerra es términos de Gumpłowicz,¹ es una consideración sine qua non de su prosperidad.

En este orden de ideas, nos encontramos frente a la construcción de un nuevo paradigma que rediseñe los elementos fundamentales del estado, verbigracia, retomando la reflexión de Kelsen que sin estado de derecho, no hay estado, o bien el plebiscito de todos los días en términos de Renán para definir nación o fundamentar la diferencia entre población y ciudadanía, concepto brillantemente expuesto por diversos autores donde destaca la finada colega de la UNAM Antaki, con su “Manual del ciudadano contemporáneo”,² pues es evidente que frente a los escenarios de corrupción, opacidad, cultura de la violencia frente al fenómeno del crimen organizado, transnacionalización de la delincuencia organizada, blanqueo de recursos de procedencia ilícita usados para financiar terrorismo y campañas electorales, el estado se ha transfigurado, para no denominarlo estado fallido o propiamente estar frente a la desaparición del mismo.

En otras palabras, no significa que no existan los poderes formales o fácticos del estado, simplemente que frente a la globalización económica y apertura de mercados internacionales, el estado en su connotación tradicional de pueblo, territorio y gobierno ha mutado, o sea, los principios de soberanía, de autodeterminación libre de los pueblos -doctrina Estrada- son simplemente espacios coloquiales de una cultura extinta.

Bajo esta perspectiva, México vive la lucha de un estado formal con los elementos consustanciales que lo definen en el concierto de las naciones como tal y por el otro lado, como el rostro de Jano, un estado informal que se perfeccionó en el sexenio 2006-2012, con el entonces presidente Felipe Calderón.

Estos son los retos del estado moderno que junto a su constitución, su control difuso o bajo el término de neoconstitucionalismo y lo que abarca

¹ Véase en Montero Zendejas, Daniel, *Derecho Político Mexicano (Origen violento del estado)*, Trillas, México, 2010, p. 65.

² Véase Ikram, Antaki, *Manual del ciudadano contemporáneo*, Booket, México, 2004.

el poder convencional, se precipita con un nuevo modelo de justicia penal que apegado al debido proceso y a las reformas que se derivan del 2011 en materia de derechos humanos, al igual que la búsqueda de incorporar las sentencias de las cortes interamericanas y de la Haya, a su derecho interno, a un paradigma ideal que choca con la realidad de un subdesarrollo cultural, educativo, de políticas públicas sumergidas en la simulación, en la carencia de transparencia y rendición de cuentas,³ corrupción, destacando la impunidad como la madre de la violencia.

La globalización atenta contra las estructuras formales del estado, por ende lo vulnera y debilita en espacios y medidas como las adoptadas por los gobiernos de fin de siglo e inicios de milenio. Lo eternamente llamado o designado como lo nuevo, es sólo un modelo de desarrollo regional que favorece las políticas internacionales de capital y nuevos mercados de aceptación de dependencia macroeconómica en esa vertiente se inscribe también la incapacidad de ese estado para gobernar; es decir, que exista una deficiencia congénita para realizar su misión histórica: regir la sociedad. Esta interpretación de ingobernabilidad o incapacidad de gobierno ha sido formulada, paradójicamente, en sociedades con un elevado desarrollo político, precisamente para refutar las bondades de este desarrollo en términos de democratización, restringir la presencia del estado en la economía e impugnar sus deberes sociales. El argumento central es la incapacidad organizativa y operacional del estado para satisfacer un cúmulo acrecentado de demandas emergidas en un espacio político, expandido y diferenciado; demandas provenientes de partidos, grupos de presión y medios de comunicación que disfrutaban de una amplia libertad de expresión. Entonces ocurre una sobrecarga de exigencias, ante las cuales el estado no tiene capacidad de responder positivamente.⁴

La modernización de las estructuras sociales con una democracia participativa de los diferentes grupos organizados, identificados como la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, observatorios ciudadanos; entre otros, ha hecho que el espacio público crezca con un poder difundido por toda la sociedad, en todo el territorio y con ello un desarrollo político social que retoma las bases del caceroísmo argentino para propiciar mejores espacios de vida. Esta democracia participativa que encaja con usos y costumbres de las poblaciones indígenas del continente, esbozan con mayor

³ Cfr. Informe Fundar y Artículo 19. México 2013, veinte mil millones de pesos gastados por instancias gubernamentales en el ejercicio 2012 en medios de comunicación, bajo la premisa de “gobernabilidad”.

⁴ Véase Claus Offe, *Ingobernabilidad: el renacimiento de las teorías conservadoras*, en revista mexicana de sociología número especial, México 1981, p. 26.

firmeza que la búsqueda cualitativa de influencia en la toma de decisiones permee en las diferentes estructuras del poder para consumir lo que debería ser punto de coincidencia entre toda la sociedad: la votación.

Es menester subrayar que la democracia representativa por los partidos políticos y por el propio congreso frente a las urnas en la renovación de poderes, el abstencionismo es su primer obstáculo para lograr legalidad y legitimidad.

La sobre dilatación de las expectativas no cumplidas por la vía electoral son producto de una sociedad ampliamente democratizada y politizada, pero cuyos problemas tienen una trascendencia que rebasa la política. La más grande atadura para los movimientos del estado consiste en la libertad individual, que él mismo ha de garantizar (Comisión Nacional de los Derechos Humanos). De su inacción por fin, brota la inconformidad y la frustración de los sectores sociales insatisfechos cuyas demandas el estado ya no puede satisfacer y se incrementa el nivel de ingobernabilidad (crisis en los fines del estado).⁵

En este orden de ideas, las relaciones en el mundo contemporáneo nos confirman que cada día crece más la interdependencia entre los sistemas políticos del orbe. Esta interdependencia funciona también como un vínculo para las opciones institucionales que cada uno tiene que hacer en su propio país. Eso quiere decir que el influjo al cambio y las transformaciones en el estado, no llegan sólo desde la sociedad nacional, sino que llega también del contexto internacional. Las interdependencias viven su ocasión, más ningún estado puede vivir en condiciones de autarquía institucional. La nueva soberanía limitada se llama interdependencia; por ejemplo, pensamos que nuestras experiencias, las que vamos intercambiando en nuestros días, por diferentes que sean los sistemas políticos, hay un denominador común: es la crisis del concepto partido. Todos estamos convencidos que sin partido no hay democracia, pero todos también estamos convencidos que estos partidos en su mayoría están rebasados por las exigencias sociales antes señaladas.

Bajo esta perspectiva, es analizar si un partido de burócratas o de funcionarios es igual que un partido atomizado de miembros inscritos solamente, o si el partido corresponde al estado como en los regímenes totalitarios donde la sociedad votante era parte de la parodia de ese escenario.

Lo cierto es que ante esta cascada de eventos sociales, tanto los partidos, los ciudadanos, su paso por las urnas, la legitimidad de los procesos elec-

⁵ Cfr. Montero Zendejas, Daniel, *La desaparición del estado*, Porrúa, México, 1999, p. 299.

torales y la misma esencia del estado se ha transformado para atender las nuevas exigencias de una sociedad participativa que ya no ve en el estado el instrumento para garantizar los fines, razón de su existencia.

II. GLOBALIZACIÓN Y SOBERANÍA

El crecimiento

Es cierto, vivimos en los tiempos de la tecnología, el mundo se achica por medio de sus avances, pero aparecen los signos de la patología social y no sólo lo plasmado en la doctrina positivista del derecho penal con Ferri, la cibercriminalidad, los delitos informáticos y lo que ha desarrollado la ciencia penal como el cómputo forense, para dar la lucha a los también llamados delitos cibernéticos. El voto electrónico, el voto a los extranjeros, el voto para los privados de su libertad, entre otros factores que nos ubican en el tenor de la democracia, como el eslabón fundamental de la legitimidad y gobernanza.

La democracia como la expresión de la isegoría, isonomía e isotopía, plasmada por los helénicos, después del siglo de oro de Pericles, ha transitado en la historia como la madre de la igualdad entre los hombres, a pesar que su concepción en la República era el gobierno entre iguales. De ahí que la Poliarquía de Dahl,⁶ se equipare a nuestros tiempos de manera más real, ya no con el voto censitario o capacitario sino con el universal. Esta democracia que Anatole France definió como “pobre democracia cuántos crímenes se han cometido por tu nombre”, o como la describiera Tocqueville en su obra “La democracia en América”⁷ como aquellos niños que han crecido en las calles desprovistos de cuidados maternos y que sólo conocen de ellas sus vicios y miserias.

En ese devenir, al igual que el estado, sus revoluciones, sus gritos de igualdad, libertad y justicia, sus luchas sociales, su representación política, la existencia de partidos políticos y la sofisticación de la teoría del poder, nos conlleva a un sólo escenario: Los retos del estado constitucional frente a la globalización y a la pérdida de su soberanía, pérdida tal vez porque no hemos desarrollado un derecho comunitario o un parlamento europeo como el viejo continente, donde España vive los efectos de una globaliza-

⁶ Véase Dahl, Robert, La poliarquía, Red editorial mexicana, México, 1971, p.76.

⁷ Véase Tocqueville, en Montero Zendejas, Daniel, Estado, democracia y partido, Costa Amic, México, 1979, p. 64.

ción que únicamente ha estandarizado pobreza y concentrado la riqueza del orbe en 235 familias que concentran el producto interno bruto del planeta.

Hemos pensado los científicos sociales que la democracia participativa alivia las tensiones de una desigualdad social descarnada que nos recuerda a Carlos Marx en el *Capital* cuando señalaba que el capitalismo es como un vampiro que chupa trabajo vivo, con los desafíos que involucra la existencia de líderes carismáticos que describe en los tipos de dominación Weber, aún a pesar, de la obra de su contemporáneo en el *Dieciocho Brumario* de Luis Napoleón Bonaparte y que más tarde lo esbozaría Ianni, en su libro “El populismo en América Latina”.⁸

Tras los procesos de cambio político que experimentó América Latina en la década de los 70's, comenzaron a proliferar los trabajos que estudiaron a los partidos como actores principales de la transición, donde en muchos casos las estructuras partidistas ejercían como punta de lanza la añorada democratización.⁹

A lo largo de la democratización de los sistemas políticos latinoamericanos, acontecido después de las transiciones políticas, para unos casos y de continuidad para otros, los partidos políticos de la región han sufrido profundas mutaciones en base a sus aspectos endógenos y exógenos.

Los elementos endógenos son los relativos a liderazgos, enfrentamientos entre poderes del estado, al impacto de la corrupción. El factor exógeno por excelencia fue el descalabro del socialismo y la pérdida de un referente lo suficientemente fuerte desde el punto de vista ideológico como práctico para grandes sectores de la izquierda latinoamericana.

Los cambios producidos en los sistemas de partidos latinoamericanos entre 1980 y 2000, afectan a un número muy limitado de casos, excepto Brasil, Perú y Venezuela.

En los casos del PJ en Argentina y el PRI en México, bajo las administraciones de Carlos Menem y Carlos Salinas de Gortari, la continuidad en la composición de los sistemas de partidos es una visión de la existencia de cambios dramáticos, la continuidad permite matizar la crisis de los partidos en los procesos electorales, con rechazo de los electores. El nacimiento de nuevos partidos puede trastocar la raíz de los diferentes sistemas políticos que han sido defraudados.

⁸ Véase Ianni, Octavio, *El Populismo en América Latina*, Siglo XXI editores, México, 1971.

⁹ Alcántara Sáez, M., *Los partidos políticos en América Latina*, en revista *América Latina Hoy*, número 27, 2001, p.17-35.

Algunos países de la región con pluripartidismo están inmersos a dos cosas: una rotación a la hora de alcanzar éxitos electorales y la necesidad de conformar acuerdos amplios que lleven a gobiernos de coalición; circunstancias que suceden entre otros países en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile y Uruguay.

Los partidos como mini sistemas políticos buscan profundizar en la discusión del funcionamiento interno de las organizaciones partidistas. La fragmentación electoral puede medirse a través de dos índices, el de fraccionización y el del número efectivo de partidos.

La Conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina y el Caribe (COPPAL), es una organización internacional de partidos políticos en América Latina y el Caribe, fue creada a instancias del PRI el 12 de octubre de 1979 en Oaxaca, México, aglutina a partidos liberales, socialdemócratas, demócrata cristianos y de izquierda. Hoy en día es el foro de partidos políticos más importantes de América Latina y el Caribe y su presidente es el político argentino Antonio Cafiero.¹⁰

Las explicaciones globales ven a los movimientos sociales y a las asociaciones civiles ligadas a ellos, como resultado de profundos cambios en la sociedad en la que se generan y desarrollan, su explicación depende de diversas teorías de cambio social. Jürgen Habermas¹¹ ve a los movimientos sociales como una reacción a la creciente racionalización de la vida moderna, con una franca urbanización e industrialización que generan cambios en las formas de vida y en los esquemas mentales de mucha gente.

Las instituciones tradicionales básicas como la familia, la comunidad y la religión, se vieron alteradas por lo que se adoptaron nuevas formas de interrelación social con nuevos significados que se adecuaron mejor a las nuevas formas de organización generadas por una producción capitalista y la dominación legal burocrática. Los movimientos sociales representan un cambio cultural dentro de las sociedades industriales avanzadas, caracterizados por el paso de valores materialistas a valores postmaterialistas, es decir, el cambio de preocupación por los recursos de primera necesidad por el sentimiento de permanencia a la sociedad con calidad de vida.¹²

¹⁰ www.coppal.org.mx

¹¹ Véase Habermas J. en Montero Zendejas, Daniel, *La Desaparición del Estado*, Porrúa, México, 1999, p. 276.

¹² Somuano Ventura, M.F., *Movimientos sociales y partidos políticos en América Latina*, en *Revista Política y Cultura*, México, 2007.

III. EXPRESIONES IBEROAMERICANAS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

El proceso latinoamericano de consolidación de sus estructuras electorales ha variado de país a país, de su madurez institucional como naciones comprometidas con el cambio y con la perfección de sus órganos electorales.

La cultura del fraude, de los conocidos operadores electorales que adulteraban las urnas electorales, su robo, el llenado por medio de operaciones conocidas como “carrusel”, ”tamal”, entre otras muchas, sólo trajo consigo la dualidad del pensamiento del abstencionismo electoral y del ausentismo del mismo proceso.

A raíz de la década de los noventa, el estado mexicano construyó un Instituto ciudadano de los procesos electorales conocido como Federal Electoral, con él concluyó los largos procesos conocidos como reformas políticas, donde destacó la de 1977 que logró un sistema mixto electoral y abrió las puertas a una representación proporcional y obviamente, con el principio de mayoría relativa, al igual que el acceso permanente a los medios de comunicación masiva.

En el 2007-2008, se planteó una reforma que blindara los procesos electorales del dinero de procedencia ilícita y que fueran cooptados los candidatos y las cúpulas de la partidocracia mexicana por parte del narcotráfico o de grupos cuyos intereses no son los de las mayorías, si no particulares y de élite.

En ese deambular, la democracia participativa ha trastocado los cimientos de las formas y expresiones políticas más arraigadas de la concepción del poder, pues con modalidades de democracia semidirecta, como el plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocación de mandato, segunda vuelta electoral, candidaturas independientes y una nueva ley electoral se espera la no judicialización de la democracia y que los partidos políticos rediseñen sus estructuras y documentos fundamentales para ser los motores de la democracia participativa, incluyente y que el tránsito de la democracia representativa sea cada vez más una referencia en la historia de las ideas políticas.

Para una mejor comprensión de este ensayo, debemos aclarar que para la participación representativa, los partidos políticos asumen ese rol en función de sus intereses electorales, más allá de las exigencias sociales de sus adherentes, simpatizantes o miembros, así la partidocracia desdibuja el espíritu democrático de la misma sociedad a la que se deben.

Por ello, el presidencialismo latinoamericano, se presenta con tantas variables como el mismo proceso que tuvieron que construir para acceder al poder; de esa manera vemos las autocracias de las décadas de los ochenta

o la misma conformación de tipologías que nos ubican en el autoritario, reforzado, puro, atenuado y parlamentarizado, para ciertos autores como Duverger, Bordeau, Hauriou o escritores como Vargas Llosa, Cosío Villegas o hasta llegar a la obra de Jorge Carpizo sobre el presidencialismo en México. Para nosotros, el régimen presidencial, presidencialista o presidencialismo, conforman la estructura de poder y en esa cosmovisión se determina la estructura del poder y por ende, la forma de gobierno.

Más allá de sus propias características influyen decididamente en su funcionamiento, primero, la relación con el estado, sociedad y fortaleza del sistema representativo; segundo, el sistema de partidos políticos, su estructura y dinámica; tercero, los modos de comportamiento e interacción de los actores políticos. En otras palabras el dinamismo del régimen presidencial, con las subclasificaciones expuestas se determina en el grado de aceptación social y de la propia democracia participativa, de esa manera apreciamos el presidencialismo chileno después de la dictadura de Pinochet, el populismo del finado Presidente Chávez, en Venezuela, la figura polémica de Uribe en Colombia, de Salinas en México, de Stroessner en Paraguay, de Perón en Argentina o más reciente el cambio en el sistema de partidos a partir de 1994, el fracaso de la denominada Alianza a partir de una coalición construida bajo un esquema de distribución de poderes fácticos; de Castro en Cuba, por citar algunos, sin omitir los generales de Guatemala y Lula en Brasil.

Las reformas políticas con un sistema mixto electoral en la región visualizaron la necesidad de incorporar a su proceso de legitimación y gobernabilidad a los bastos sectores de la población o de la denominada sociedad civil, hoy cada vez más presente por medio de las redes sociales, verbigracia, caso Obama.

En este orden de ideas, prevalece la pregunta de la eficacia institucional; ¿hasta dónde los ejemplos de países hermanos configuran una verdadera democracia que genere igualdad, libertad y justicia? ¿Hasta dónde los sistemas políticos y regímenes jurídicos son capaces de amortiguar una mundialización que predica un capitalismo extenuante bajo los lineamientos marxistas de una superestructura? ¿Hasta dónde la globalización ha servido a las clases sociales para su reivindicación?. Pareciera un discurso de la Tercera Internacional que nos recuerda a los planteamientos de Derrida a fines del siglo XX, empero, estas reflexiones nos acercan a lo que hemos publicado como “la desaparición del estado”.¹³

La tradición democrática latinoamericana se contempla en este inicio de milenio más ajustada a las manecillas de la transformación social, del

¹³ Montero Zendejas, Daniel, *La Desaparición del Estado*, op. cit.

crecimiento económico de algunos países de la región y el cambio estructural que deja atrás los pronósticos de la CEPAL y de la OCDE, en función de las décadas perdidas.

Así por ejemplo, México y Nicaragua el pluripartidismo ha generado un mayor equilibrio entre los poderes de la Unión, en Chile esta lucha de partidos se restaura; en Guatemala, Nicaragua y el Salvador, se lograron acuerdos de paz y la violencia de Colombia con los cárteles de Cali y Medellín, sin omitir la FARC, han encontrado la vía para su tranquilidad institucional. Bolivia, presenta un bloque de partidos que se ubican en el centro, izquierda y derecha de las preferencias electorales con la consecuente estructura de poder y edificación de políticas públicas. Su constitución de 2009 establece que los candidatos a cargos públicos al ser electos son postulados por organizaciones indígenas, agrupaciones ciudadanas (modalidad incorporada en la Ley de Agrupaciones Ciudadanas de 2004) y partidos políticos. Así encontramos el Movimiento al Socialismo, cuyo fundador es el actual Presidente Evo Morales. A partir de 1946, Argentina estuvo polarizada entre radicales y peronistas con los consiguientes golpes de estado militares. A partir de 2001, el régimen de partidos políticos y de participación ciudadana empezó una nueva etapa. En el 2003 los candidatos del justicialismo triunfaron. En la elección de 2007, la Coalición Cívica ARI obtuvo un segundo lugar, reduciéndose en un 2% el voto popular para el 2011.

Uruguay, posee un sistema de partidos políticos consolidado, actualmente cuatro de ellos cuentan con representación parlamentaria: Frente Amplio, Partido Nacional, Partido Colorado y Partido Independiente. Para las elecciones del 28 de junio de 2009, compitieron en la jornada electoral ocho partidos políticos; de ellos, cinco quedaron habilitados para las elecciones municipales de 2010, sumándose a los mencionados, la Asamblea Popular.¹⁴

Brasil, tiene un gobierno presidencialista de influencia parlamentario, pues posee un Jefe de Estado y un Presidente del gobierno. La constitución vigente es de 1988, la cual consagra la división de poderes y un sistema federal. La Cámara de Diputados se integra con 513 representantes elegidos por sufragio universal. El Senado Federal compuesto por 81 senadores elegidos por un periodo de ocho años. Posee un pluripartidismo, integrado por el Partido de los Trabajadores, Partido del Movimiento Brasileiro, Partido de Social Democracia, fundado por el ex presidente Fernando Henrique

¹⁴ Molina Piñero, Luis y Montero Zendejas, Daniel, Las Elecciones Presidenciales 2012. Normalidad Democrática por Legalización Judicializable, artículo "Hacia un Derecho Constitucional Electoral Global", vol. III parte VI, Porrúa, México, 2013, p. 1061.

Cardoso; Partido Progresista, Partido Verde, Partido Socialista Brasileiro, fundamentalmente.

Paraguay, es una República de carácter presidencialista cuya norma fundamental es la constitución promulgada en 1992, la cual prevé una división de poderes y una estructura de partidos cuya evolución marca los tiempos de una dictadura, basada en el poder autoritario de sus gobernantes.

IV. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN VOTACIONES DE LOS PAÍSES DE LA OCDE, 2011

Society at a Glance 2011, OECD Social Indicators (un vistazo a la sociedad 2011, indicadores sociales OCDE) fue publicado en abril de 2011 por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). El informe bienal presenta los principales los indicadores sociales de los países miembros de la organización. En la edición 2011 se presenta el análisis para 4 nuevos miembros de la OCDE (Chile, Estonia, Israel y Eslovenia), por lo que se presentan 34 naciones. El informe fue supervisado por Monika Queisser, jefa de la División de Políticas Sociales de la OCDE.

La votación electoral es un indicador de la participación popular de la vida nacional. El indicador de votación 2011 tiene el objetivo de medir la participación de los individuos en el proceso electoral -participación electoral-, es decir, cuantificar el número de personas que emiten su voto en una elección como la parte de la población en edad de votar -por lo general es la población de 18 años de edad o más, de acuerdo con la legislación local de los países-. Cabe señalar, la participación electoral para las elecciones presidenciales y las elecciones regionales pueden ser más altos que para los las elecciones parlamentarias.

La base de datos internacional fue organizada por el Instituto para la Asistencia Democrática y Electoral (IDEA por sus siglas en inglés). En este indicador también presentan los datos sobre la participación de los votantes seleccionados por sus características socio-demográficas. Estos datos se basaron en encuestas de salida (llevadas a cabo después de las elecciones más importantes) y en el Estudio Comparativo de los Sistemas Electorales (CSES por sus siglas en inglés), una organización internacional de investigación que recoge datos comparables sobre las elecciones.

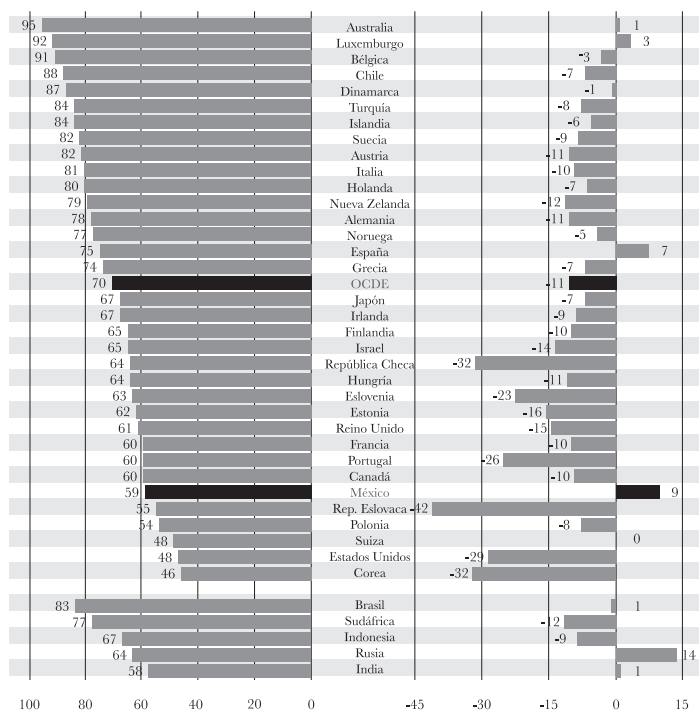
En la tabla se muestra el comparativo de votantes, desagregado en personas con un la alto nivel de educación -aquellos que han asistido a la universidad-, aquellos con bajos niveles educativos, como los que no han completado la escuela secundaria.

Un índice elevado de participación ciudadana es un signo de que la voluntad política de un país tiene un alto grado de participación, mientras que la baja participación electoral podría reflejar la satisfacción en la gestión del país y que el sistema político refleja la voluntad de un número limitado de ciudadanos.

La participación electoral en las elecciones parlamentarias más recientes ha variado considerablemente entre los países de la OCDE. Más de nueve de cada diez personas se presentaron a votar en Australia (95%), en comparación con menos de uno de cada dos en Corea (46%).

El imperativo legal de votar en algunos países no parece explicar gran parte de la variación observada entre los países. La votación parlamentaria es una obligación legal en Australia, Bélgica, Grecia, Luxemburgo, México, partes de Suiza y Turquía. Muchos de estos países también registraron bajas tasas de participación electoral.

ÍNDICES DE VOTACIÓN¹⁵

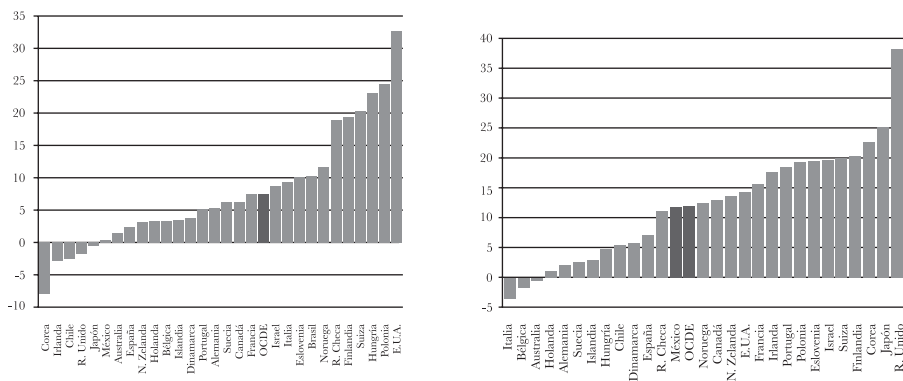


FUENTE: OECD, Society at a Glance 2011, OECD Social Indicators.

¹⁵ www.oecd.org/document/45/0,3746,en_2649_37419_2671576_1_1_1_37419,00.html, consultada el día 12 de abril de 2013.

La participación electoral ha disminuido en general en la mayoría de la OCDE países en la última generación (Grupo B, CO4.2). Se ha registrado grandes caídas en la participación electoral en la última generación de personas (en edad de votar) en la República Checa y Eslovaca, Corea y Estados Unidos. Sólo cuatro países de la OCDE se han contrarrestado esta tendencia general hacia la participación electoral más baja: Australia (1%), Luxemburgo (3%), España (7%) y México (9%).

Las personas más educadas tienen más propensión a votar que la gente menos educada (CO4.2); sin embargo, el promedio de la OCDE oculta una variación considerable. La diferencia de votos entre la gente con alta educación y los que cuentan con menos educación es muy grande en los Estados Unidos, Hungría y Polonia. Sin embargo, en un minoría de países, incluyendo Corea, Irlanda y Chile, las personas menos educadas tienen más probabilidades de votar que mejor la gente educada. Las personas mayores son mucho más propensas a votar que las personas más jóvenes (CO4.3). Las grandes diferencias se encuentran especialmente en Corea, Japón y el Reino Unido y excepcionalmente en Italia, Bélgica y Australia. Hay una mayor participación de las personas mayores en las elecciones nacionales (así como la creciente proporción de personas mayores en la población). Otro factor que también puede influir en el proceso político es el aumento del riesgo de sanciones electorales a los gobiernos la introducción de recortes a los programas sociales que benefician de manera desproporcionada las personas mayores.¹⁶



Fuente: OECD, *Society at a Glance 2011, OECD Social Indicators*.

Nota de la figura: CO4.2: El bajo nivel educativo se refiere a la categoría de 1-4 en CSES, desde nula educación hasta estudios de secundaria incompleta y la educación alta se refiere a la categoría 7.8, de nivel universitario.

¹⁶ <http://dx.doi.org/10.1787/888932315602>, consultada el día 15 de abril de 2013.

V. ÍNDICE DE CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES, 2011

En octubre de 2011 la Corporación Latino barómetro publicó su informe 2011, una Organización No Gubernamental sin fines de lucro, con sede en Santiago de Chile, en el cual se publicaron resultados de encuestas en 18 países de América Latina sobre la confianza en las instituciones, entre otros temas.

La metodología empleada por la Corporación consistió en obtener una muestra representativa de la población de estudio mediante la aplicación 20,204 entrevistas, en el periodo del 15 de julio al 16 de agosto de 2011. Los resultados se presentaron en porcentajes.

De acuerdo con los resultados obtenidos de la aplicación de la encuesta mostraron que en 2011 América Latina sigue presentando la misma tendencia que en años anteriores: la Iglesia, Radios y la Televisión siguen mostrando la mayor confianza institucional, situación que se ha venido presentando desde 1996. El Poder Judicial, los Sindicatos y los Partidos Políticos son las instituciones que tuvieron la credibilidad más baja en el periodo de estudio. Las disminuciones más pronunciadas en la confianza institucional en la Iglesia, del 71%, al 64%, Radios disminuyó su credibilidad en 6% y Fuerzas Armadas en 4%.

CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA,
1996-2010 Y 2011¹⁷
(PORCENTAJES)

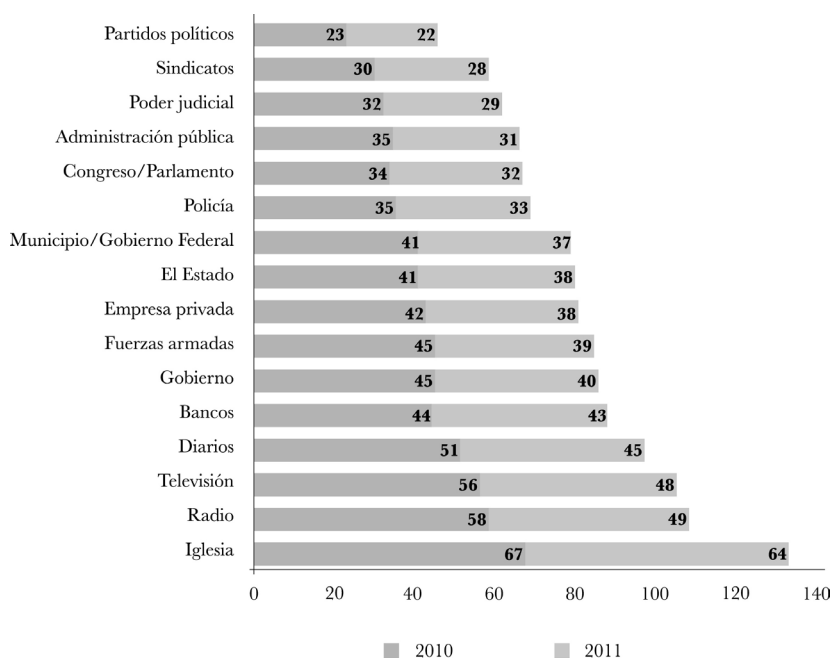
<i>Concepto</i>	<i>1996-2010</i>	<i>2011</i>	<i>Cambio en la confianza, (+) Aumentó (-) Disminuyó</i>
Iglesia	71	64	-7
Radios	55	49	-6
Televisión	48	48	Sin cambio
Diarios	45	45	Sin cambio
Bancos	39	43	4
Gobierno	37	40	3
Fuerzas Armadas	43	39	-4
Empresa Privada	39	38	-1

¹⁷ http://e-lecciones.net/archivos/loultimo/INFORME_LB2011.pd, consultada el día 22 de abril de 2013.

El Estado	n.d.	38	n.a.
Municipio/Gobierno Local	36	37	1
Policía	35	33	-2
Congreso/Parlamento	28	32	4
Administración Pública	31	31	Sin cambio
Poder Judicial	31	29	-2
Sindicatos	28	28	Sin cambio
Partidos Políticos	20	22	2

FUENTE: Corporación Latino barómetro. Informe 2011.

CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA, 2010 Y 2011¹⁸ (PORCENTAJES)



Fuente: Corporación Latino barómetro. Informe 2011.

¹⁸ http://e-lecciones.net/archivos/loultimo/INFORME_LB2011.pd, consultada el día 23 de abril de 2013.

Consulta Mitofsky publicó en octubre de 2011 el documento México: Confianza en las instituciones; baja generalizada. Encuesta Nacional en Viviendas. El estudio anual presentó los resultados de las 1,000 encuestas realizadas a ciudadanos mexicanos del 20 al 24 de agosto de 2011 con un nivel de confianza al 95% con la herramienta estadística Tracking Poll Roy Campos, con la cual generó sus propios indicadores de coyuntura.

Los resultados obtenidos se presentaron en una escala de 0 a 10, donde 0 indica ausencia de confianza y 10 confianza absoluta. Las encuestas fueron aplicadas para evaluar la confianza de 15 instituciones de México, las cuales fueron clasificadas de la forma siguiente:

a) Confianza alta, con calificación superior de 7.0:

Universidades, Iglesia, Ejército, Medios de Comunicación y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

b) Confianza media, con calificación entre 6.0 y 7.0:

Empresarios, Suprema Corte de Justicia, Instituto Federal Electoral, Presidencia de la República y Bancos.

c) Confianza baja, calificación inferior a 6.0:

Senadores, Sindicatos, Partidos Políticos, Diputados y Policía.

ÍNDICE DE CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES, 2008-2011¹⁹

<i>Instituciones</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>Niveles de confianza</i>
Universidades	7.9	7.8	7.9	7.8	Alta
Iglesia	8.0	7.8	7.7	7.6	
Ejército	7.8	7.7	7.6	7.5	
Medios de Comunicación	7.6	7.7	7.6	7.4	
CNDH	7.5	7.4	7.3	7.3	
Empresarios	6.8	7.0	7.0	6.9	Media
Suprema Corte de Justicia	7.0	7.2	7.0	6.6	
Instituto Federal Electoral	7.0	7.1	7.0	6.6	
Presidencia de la República	6.9	7.1	6.7	6.5	
Bancos	6.8	7.0	6.7	6.5	

¹⁹ www.consulta.mx/Estudios.aspx?Categoria=1, consultada el día 25 de abril de 2013.

Senadores	6.1	6.8	6.0	5.9	Baja
Sindicatos	6.0	6.3	5.9	5.7	
Partidos Políticos	5.7	6.0	5.7	5.7	
Policía	6.1	6.0	5.8	5.6	
Diputados	5.7	6.0	5.7	5.6	

FUENTE: Consulta Mitofsky, confianza en las instituciones, baja generalizada, encuesta nacional de viviendas.

Los principales resultados indicaron que la baja del índice de confianza para 2011 con respecto a 2008 se presentó en las instituciones siguientes:

- Los ciudadanos disminuyeron su nivel de confianza en las universidades, de 7.9 a 7.8.
- Ha disminuido el porcentaje de ciudadanos que confían en la Iglesia, por lo que su calificación promedio ha caído de 8.0 a 7.6 en tres años.
- La baja de confianza en el Ejército responde a las 3 décimas perdidas.
- La Suprema Corte de Justicia y el Instituto Federal Electoral vieron disminuida la confianza ciudadana en 4 décimas, lo que ocasionó que abandonaran la categoría de alta confianza.
- La baja generalizada se presentó también en la Presidencia de la República al disminuir 4 décimas.
- La escasa confianza en la policía y en los diputados, sitúa a estas dos instituciones en los dos últimos escalones, siendo la policía quien mostró el retroceso más grande de 5 décimas.

VI. CONCLUSIONES

Como colofón podemos aseverar con Guillermo O'Donnell,²⁰ que de los 16 países encuestados en América Latina, trece renunciarían a sus estructuras democráticas por una autoritaria que resolviera su situación económica, ejemplo de ello lo podemos apreciar en la Venezuela del extinto Chávez.

En la presentación de su trabajo, denominado “El debate conceptual sobre la democracia”, refiere el estado democrático de Latinoamérica, donde puntualiza que: “las autoridades se dirigen a los otros que no son miem-

²⁰ Véase en Montero Zendejas, Daniel, *Derecho Político Mexicano*, 3ª edición, Trillas, México, 2010.

bro de la asociación, con la pretensión de corporizar o representar, el nosotros constituido por los miembros de la asociación”.²¹

Bajo esta premisa ampliamos el universo de nuestro trabajo para fundamentar con mayor precisión, los retos del estado constitucional frente a los fenómenos de mundialización, pérdida de soberanía, olvido de conceptos base del devenir nacional, como nación, patria, y dejar a las reglas del mercado los principios básicos de toda organización social. Retos que se traducen también a la apreciación democrática de participación y representación. Binomio que si bien parten del mismo espíritu del gobierno del pueblo, la segunda, no siempre responde a los ideales de la democracia participativa, por el contrario, se escuda en la poliarquía de nuestros días y en el proceso desideologizante de la globalización.

El problema central se basa también, en la eficacia institucional de garantizar una justicia distributiva de la riqueza, una justicia legal pronta, expedita y gratuita a la altura de los reclamos de una transformación paradigmática en nuestro devenir legal escrito. De una libertad plena, de ideas, de religión, de tránsito, de trabajo; una igualdad ante los reclamos de género, de habilidades distintas, de edad. En síntesis, de una cultura de legalidad fundada en el respeto a los derechos humanos y a las garantías sociales que le dan vida.

Asimismo, la gobernabilidad como la expresión de legitimidad y legalidad que coincide en la elección y el sufragio. Aristas del rompecabezas democrático de nuestro siglo, que ante los cambios profundos y vertiginosos de la multipolaridad, continúa vigente el espíritu de la “Oración de Gettysburg”.

Ese es el reto del estado constitucional que cada día se suman a su estructura constitucional controles de convencionalidad, difuso, sentencias de organismos internacionales en casos de debido proceso, en fin lo que podríamos establecer como el estado neo constitucional que entrampado en la historia de sus instituciones adolece como es el caso de México, de una voluntad de sus gobernantes y de las élites de poder para erradicar inseguridad, corrupción e impunidad, manifestaciones anómicas que construyen un estado informal que junto con la violencia y el narcotráfico, someten expresiones democráticas en la teoría de la representación y de la partidocracia para dar paso a esa sociedad hispanoparlante que se caracteriza por su lucha en la construcción de una participación plural y acorde al tiempo de nuestros días.

²¹ O’Donnell, Guillermo, *La Democracia en América Latina. El Debate Conceptual sobre la Democracia*, publicado para el Programa de las Naciones Unidas (PNUD), Aguilar, 2004, p. 58.

LA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS
PROTECTORES, LA NUEVA REALIDAD DEL ESTADO
MEXICANO A RAÍZ DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DE 10 DE JUNIO DE 2011

Sergio Arnoldo MORÁN NAVARRO*
Humberto LOMELÍ PAYÁN**

SUMARIO: I. *La reforma Constitucional de 10 de junio de 2011 al Estado mexicano.* II. *Bloque de constitucionalidad.* III. *El control difuso de convencionalidad.* IV. *La cláusula de interpretación conforme.* V. *El principio pro persone.* VI. *Algunas consideraciones.* VII. *Literatura consultada*

I. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO
DE 2011 AL ESTADO MEXICANO

El pasado 10 de junio de 2011, el Estado mexicano realizó una reforma constitucional para adecuar la estructura bajo el cual va a garantizar el cumplimiento y la vigencia de los derechos humanos dentro del territorio nacional, que si bien es cierto, de entrada, fue adoptada por la sociedad mexicana con una gran expectación, lo cierto es también, que en la doctrina debe significarnos una preocupación no menor, que exigirá por parte del Estado mexicano de todo su esfuerzo para garantizar su cumplimiento.

Esta modificación cambió de fondo, no sólo la composición de la noción tradicional que se tenía en el Estado mexicano de las Garantías Individuales, que durante casi un siglo tuvo una vigencia inalterable al paso del tiempo, sino también modificó substancialmente la concepción de derechos que se podrán proteger, debido a que en los sistemas iuspositivistas la concep-

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España y Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Nayarit, México.

** Candidato a Doctor por la Universidad de Guanajuato, Director de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit y Maestro de Estudios Latinoamericanos por la Universidad de California, Los Ángeles (UCLA)

ción utilizada se sustenta en la noción de derechos fundamentales,¹ más que en la de derechos humanos,² y este no es un problema menor. Mayor aún, cuando se pretenden definir los mecanismos que existirán para la protección de los mismos, debido a que, exigió el movimiento de la maquinaria del Estado, para poder adecuar el marco normativo que cambió, en distintos aspectos, como en lo fue, en la expedición de una nueva Ley de Amparo, la cual, ahora además de proteger aquella concepción que se tenía en el Estado mexicano para proteger las garantías individuales, que más que éstas se concebían en la noción más consolidada de la doctrina internacional como derechos fundamentales.

Debemos entender también que, entre otras cuestiones que representarán sin duda un nuevo paradigma de la protección de los derechos fundamentales, la reforma de 10 de junio de 2011, conlleva una serie de modificaciones que requerirán un amplio esfuerzo de las instituciones del Estado mexicano en todos sus niveles y ordenes de gobierno, ya que, como es sabido por todos, la concepción federalista inmersa en la forma de estado mexicano, requiere de un alineamiento de los poderes y órdenes de gobierno en sus ámbitos federal, estatal y municipal.

Cuestión no menor a realizar, debido a las diferentes ideologías de quienes ejercen el poder en cada una de las entidades del país, y más compleja aún, si se pretende operar en el ámbito municipal, debido además a la limitada composición organizativa por la escasas presupuestal asignada a los ayuntamientos, cuestión que exponencialmente se aumenta con la escasa formación educativa de quienes desempeñan labores fundamentales en ejercicio de una función pública en este orden de gobierno.

II. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

En la doctrina, debido al nuevo esquema bajo el cual se desenvuelve el Estado Constitucional moderno, se han discutido diversos esquemas que permitan no sólo el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el ámbito interna-

¹ Sobre los derechos fundamentales cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993; también Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001; véase también Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, ed. UNAM-CNDH, México 2011.

² Sobre los Derechos Humanos, cfr. Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984; también Carpizo Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011, p. 4 y ss.

cional, sino también, de la mayor protección de las libertades por quienes habitamos en dichas naciones. Así, se ha discutido ampliamente sobre la noción del bloque de constitucionalidad, el control de constitucionalidad o el control de convencionalidad, sin embargo, aunque pudiéramos pensar que se trata en cada caso de diversas ecuaciones que pretenden obtener resultados distintos, lo cierto es, que en todos los casos, se pretende no sólo dar cumplimiento a los compromisos internacionales, sino también de garantizar, por lo menos en el tema relativo a los derechos humanos, del mayor margen de protección de las libertades individuales.

Lo cierto es que, en la tradición doctrinal, hablar del bloque de constitucionalidad, permite a las autoridades nacionales, tomar en cuenta en la resolución de los conflictos, los compromisos adquiridos por el estado nacional en el ámbito internacional, de tal forma que, en las sentencias que se emitan en cada caso en concreto, se aplique directamente, no sólo las disposiciones previstas en la legislación nacional, sino también aquella aprobada en los tratados internacionales y las interpretaciones que se hubieren hecho al respecto por los tribunales internacionales previstos para garantizar la vigencia de dichas disposiciones extraterritoriales. Sin embargo, a pesar de lo anterior, y aún cuando pudiéramos pensar que este ejercicio es simple en la resolución de conflictos, resulta que, en la práctica, es más difícil de lo que imaginamos, debido a que, escasamente se tiene la costumbre de aplicar directamente las disposiciones previstas en los tratados internacionales, mucho menos se lee, difunde y comprende la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

III. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Derivado de este bloque de constitucionalidad, en la doctrina, se prevé el control difuso de convencionalidad, consistente en, un examen de compatibilidad que deberán realizar los jueces locales, respecto a la vigencia de las disposiciones nacionales con los compromisos adquiridos por el Estado en el ámbito internacional. Ejercicio que en el Estado mexicano escasamente ha sido aplicado por los jueces, debido a la resistencia que ha externado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al no tomar en consideración en la resolución de sus asuntos, la jurisprudencia que en materia de derechos humanos ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Recordemos que, la Convención Americana sobre Derechos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH)¹ fue suscrita, tras la *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, el 22 de noviembre

de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica y entró en vigencia hasta casi diez años después, el 18 de julio de 1978, es la base del Sistema interamericano.

En este sentido, los Estados partes en esta Convención se “*comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna*”. Máxime, cuando dichas disposiciones -derechos y libertades- ya se encuentran garantizados preponderantemente por las disposiciones legales internas de los estados miembros.

Así, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para adecuar su normatividad interna y hacer efectivas las disposiciones consagradas en dichos compromisos adquiridos en el ámbito internacional. Además, establece la obligación, para los Estados miembros, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados dispongan los estados miembros con miras a alcanzar el reconocimiento pleno de dichas libertades.

Al respecto, se contemplan como medios de protección de los derechos y libertades, dos órganos que podrán conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la Convención, que son:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“A la fecha, veinticinco naciones se han adherido,³ nuestra nación, México, a través del Senado de la República, aprobó la ratificación del Pacto de San José, el 18 diciembre 1980.⁴ A pesar de lo anterior, no fue sino hasta el año 2009, es decir, hasta casi treinta años después de ser ratificada la Convención Americana de Derechos Humanos, que el Estado mexicano decidió cumplir los compromisos adquiridos en el ámbito internacional, con el caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, de fecha 23 de noviembre de 2009, que resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵ y

³ <http://www.corteidh.or.cr/index.php/historia-de-la-corteidh> consultada el 26 de julio de 2013.

⁴ Publicación DOF aprobación: 9 enero 1981, entrada en vigor para México: 24 marzo 1981, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo 1981)

⁵ Además del presente asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos he emitido diversos asuntos posteriores con responsabilidad para el Estado mexicano, como lo son el caso Fernández Ortega y otros vs México de fecha 30 de agosto de 2010, Rosendo Cantú y otra vs México de fecha 31 de agosto de 2010, también Cabrera García y Montiel Flores

que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, decidió cumplir en la sentencia VARIOS 912/2010, resuelta el 14 de julio de 2011, lo que implicó además, la aceptación de ejercer el control difuso de convencionalidad.

IV. LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME

Aplicando la hermenéutica jurídica al Derecho Constitucional, existen distintas formas de realizar la interpretación de una norma, pero sobre todo se entiende por interpretar como conocer el significado, sentido o contenido de una norma. En sentido amplio se pueden interpretar todos los textos normativos, ya sean claros o dudosos. De tal forma que, “se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación.”⁶

Cuestión distinta es la interpretación en sentido estricto, la cual tiene por objeto demostrar que el significado de un texto requiere de formular tanto valoraciones, como elecciones y decisiones. Para Guastini la crítica en relación a esta manera de comprender la interpretación que esta teoría afirma, requiere que el sentido o significado de las palabras sean indefectiblemente atribuidas por quien realiza la actividad interpretativa, pudiendo producir interpretaciones variables., y con ello, resultados complejos, debido a que desde un principio, será difícil distinguir entre aquellos textos claros y los oscuros o dudosos⁷.

Utilizando este método de interpretación en la interpretación conforme, nos llevaría a dos puntos, el primero al reconocimiento de la inconstitucionalidad, y la segunda consienten en considerar la compatibilidad con la Constitución.⁸ En este sentido, el intérprete, adoptando el método propuesto, es decir, [la interpretación conforme a la Constitución], tiene que

vs México de fecha 26 de noviembre de 2010, cuyo contenido cada uno de ellos amerita sin dudar, un estudio por separado.

⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, 9ª ed. México, 2011, p. 5. También cfr: Guastini, Riccardo “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2008, p. 30 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁸ Da Silva, Firgilio Alfonso, *La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, no. 12. En cuya colaboración aporta un estudio de derecho comparado preciso respecto a la tradición de este tema.

inclinarse por esta última salida o vía de solución. La norma, interpretada “conforme a la Constitución”, será por lo tanto considerada constitucional.⁹

Fernández Segado, considera que, en el método interpretativo aplicado al Derecho Constitucional, Häberle se pronunció por adicionar a los métodos clásicos propuestos por Savigny, a saber: el histórico, el teleológico, el gramatical y el sistemático, el derecho comparado¹⁰ como quinto método interpretativo, Dicha propuesta surge en complementación a la “Escuela Histórica del Derecho.”¹¹

Häberle logró configurar la sistematización del método interpretativo con base en el criterio *standards* -mismo que impacta en los principios generales del derecho-, los cuales para Fernández Segado “encuentran en el substrato común de la cultura jurídica e integran ideas jurídicas paralelas, análogos o similares, y en última instancia, abocan en determinadas concepciones de la justicia.”¹²

Como vemos, los aspectos que deben considerarse en la interpretación conforme son complejos, pero específicamente respecto a la interpretación conforme, encontramos bastantes estudios dedicados en otras naciones, como lo han hecho en Alemania, Suiza, EEUU, España Brasil, entre otros, aunque la producción alemana es la que ejerce una influencia más considerable.

El primer precedente lo encontramos en la tradición estadounidense, relativo a la Suprema Corte del Estado de Florida, en el que resume con claridad lo que se debe entender respecto a la cláusula de interpretación conforme a la Constitución: “Si la ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones, siendo que, según una de ellas, la ley sería considerada inconstitucional y, según la otra, válida, el deber de la Corte es adoptar aquella construcción que salve la ley de la inconstitucionalidad”.¹³

⁹ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474. *Cfr.*, en el mismo sentido, Ferreira Mendes, Filmar, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 268; Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 175; Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 1099.

¹⁰ Fernández Segado, Francisco, “Estudio preliminar. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo”, en Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, BRAGE, Joaquín (trad.), Dykinson, Madrid, 2003, p. XLIII-XLV.

¹¹ Sobre la interpretación jurídica, Vid. también Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Atienza y Espejo (trads.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 24 y 25.

¹² Fernández Segado, Francisco, “Estudio preliminar...”, op.cit., nota 53, p. XLIV.

¹³ En la resolución del caso Boyton vs State, So. 2D 536, 546 (1953)

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, la primera vez que se utilizó la idea de interpretación conforme a la Constitución fue en 1953,¹⁴ al expresarse en los siguientes términos: “Una ley no debe ser declarada nula si fuera posible interpretarla de forma compatible con la Constitución, pues se debe presuponer no solamente que una ley sea compatible con la Constitución sino también que esa presunción expresa el principio según el cual, en caso de duda, debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución”.

Esta idea en que se basa la interpretación conforme a la Constitución, no es sencilla; la interpretación de las leyes y el control de constitucionalidad ejercidos por el Poder Judicial, significan siempre un punto de fricción entre los poderes que se ejercen en el Estado Constitucional, sobre todo entre el poder judicial y el Legislativo. Debido a la compleja legitimidad del Poder Judicial para controlar los actos del Legislativo, es por eso que, haciendo un canon interpretativo que fuerce al juez a intentar salvar una ley de la inconstitucionalidad tiende a volver aún mayor esta posibilidad de fricción.

Este y otros problemas relacionados con la interpretación conforme a la Constitución se pueden estudiar hasta en una tesis doctoral, sin embargo, el objeto de la presente colaboración se centra solo en delimitar la complejidad del problema, debido a que, los argumentos que la doctrina utilizar para fundamentar la interpretación conforme a la Constitución, se basa en dos aspectos como lo son a) la unidad del ordenamiento jurídico, y b) la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En el ámbito internacional, debido a la complejidad que implica la armonización de la legislación internacional con las normas jurídicas internas de las naciones, se implementó un principio que permite armonizar ambas regulaciones, de tal forma que, permita la adecuada aplicación de las normas en su ámbito interno o internacional a cada uno de los casos concretos que le son sometidos. Ferrer Mac-Gregor la define como la técnica hermenéutica por medio del cual, los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales,¹⁵

En este sentido, debemos entender que, la cláusula de interpretación conforme trae consigo un principio de armonización que exige que las autoridades de un Estado realice una interpretación que permita armonizar la

¹⁴ BVerfGE 2, 266 (282) -traducción libre-.

¹⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 358 y ss.

norma nacional y la norma internacional, de tal forma que, permita complementar ambas normas salvaguardando en todo momento aquello que las hace afines,¹⁶ pero sobre todo, procurando siempre y en todo momento, privilegiar al máximo, el mayor grado de libertad que consagra un derecho humano, bien sea en el derecho interno o en el derecho internacional según sea en caso.

Debido a la escasa tradición que existe en la jurisprudencia mexicana, es difícil que se puedan obtener resultados favorables de inmediato, máxime si no existe una metodología adecuada para dicho fin. Sin embargo, a pesar de la escasa tradición jurisprudencial existente al respecto, el máximo tribunal del país, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ha emitido distintos criterios relevantes, entre estos enunciado como VARIAS 912/2010, bajo el título PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, cuyo contenido sienta las bases para que, los jueces en el ámbito de los asuntos de sus competencias puedan realizar una aplicación adecuada del bloque de constitucionalidad, y creo que, desde mi perspectiva muy personal, es un gran acierto, debido a la complejidad del escenario para los jueces mexicanos.

En la actualidad, existen registros de algunos tribunales del país que han decidido actuar de manera activa en el nuevo escenario del Estado mexicano derivado de la reforma de 10 de junio de 2011, por diversas violaciones previstas a los derechos humanos, como pudiera ser el negar el acceso a la justicia o el ser discriminatorio.¹⁷

V. EL PRINCIPIO PRO PERSONE

En la reforma de 10 de junio de 2011, se reformó el nombre del título primero capítulo I, para quedar “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, así como también se reformaron diversos preceptos constitucionales, pero el que nos representa la mayor complejidad, es el artículo primero, debido a que no solo cambia la noción de lo que conocíamos como garantías individuales a derechos humanos, sino que cambió radicalmente el tratamiento que se le otorgaban a estos derechos.

¹⁶ *Ibidem*, p. 365.

¹⁷ Como lo es el caso del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, que ha decidido aplicar directamente la nueva composición para inaplicar normas jurídicas inferiores a la constitucional en la solución del caso concreto, por considerar que era violatorio de derechos humanos, caso Resolución del Toca número 103/12/PL, Resolución del Toca número 114/12/PL, Resolución del Toca número 25/12/PL, entre otros

Esta nueva regulación, constituye un cambio trascendental, que en términos de Prieto Sanchís reafirma a la Constitución como normativa,¹⁸ especialmente en lo concerniente a los derechos humanos, ya que en su conjunto y sin distinción, el “fundamento funcional de la democracia”,¹⁹ es la base de su reconocimiento.

Pero, el reto sustancial que enfrentan todas las autoridades mexicanas, debido a que están obligadas a *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos* consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales aprobados por el Estado mexicano,²⁰ es decir, es menester respetar y salvaguardar tanto por normas de producción interna, como aquellas de producción externa, conformando lo que se conoce en la doctrina como el bloque de constitucionalidad.²¹

Este presupuesto es necesario para posteriormente estar en condiciones de interpretar y aplicar el nuevo sistema jurídico, que se integra por normas, enunciadas, ya sea en forma de reglas o de principios, tales como el principio pro persona²² y el principio de interpretación conforme, incorporados en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ante lo anterior, resulta que con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado mexicano ha asumido el compromiso de cumplir las decisiones de dicha Corte, y este

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, 2ª edición, Madrid, p. 128; Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, IJ-UNAM, México, 2002, pp. 8 y ss; Aragón, Manuel, “Constitución y Control de Poder”, en *Constitución, Democracia y Control*, UNAM, México, 2002, p. 81; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa-UNAM, México, 1999, pp. 147 y ss.

¹⁹ Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Brage Camazano, Joaquín (trad.), Dykinson, Madrid, 2003, p. 21.

²⁰ En este punto, resulta relevante la aportación realizada por Miguel Carbonell *Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana*, en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 63 y ss.

²¹ Al respecto cfr. Requejo Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento. La constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, Mac Graw-Hill, 1995, p. 12; también Ayala Corao, Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.

²² Respecto del principio pro persona Vid. Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, pp. 62 y ss.

no es una cuestión menor, como bien lo ha señalado Caballero Ochoa.²³ Debido a que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁴ emite jurisprudencia y esta es obligatoria para todos los estados que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo ha sido en el caso *Almonacid Arellano vs. Perú*, que sentó al precedente de obligar a todas las autoridades judiciales de todos los estados miembros a realizar el control de convencionalidad, obligación que se vio reforzada por el caso *Rosendo Radilla vs. México*.

En este orden de ideas, también en el caso *Gelman* sobre supervisión de cumplimiento de sentencias, se estableció la obligatoriedad de todas las autoridades de los Estados miembros tienen la obligación de acatar la “cosa juzgada internacional” o *res iudicatum*, es decir, los tribunales nacionales, están obligados a seguir la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, y los estados miembros tienen la obligación de cumplir con la misma, debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano máximo que define el alcance y perspectivas que tendrán los derechos humanos consagrados por la Convención Americana de Derechos Humanos, salvo claro, que las disposiciones constitucionales internas de los estados miembros consagren un mayor margen de protección en materia de derechos humanos.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES

El nuevo esquema previsto por el Estado mexicano para la protección de los Derechos Humanos, es una complejidad sobremayor. Si bien es cierto de que, se posiciona como una nación progresista y moderna, al consagrar y elevar al máximo nivel posible, el garantizar el ejercicio de las libertades de quienes habitamos esta nación. Ante este escenario, es conveniente que sean los integrantes de los poderes judiciales de esta nación, quienes se en-

²³ Sobre el alcance y consecuencias del nuevo contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cfr. Caballero Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persone* (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución”, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p.103 y ss.

²⁴ García Ramírez, Sergio, *Temas de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Votos particulares*, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente/Universidad Iberoamericana/Universidad Autónoma de Guanajuato, México, 2005, pp. iii-vii; también consultar De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc M., “*La protección internacional de los derechos humanos*”, en Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge, et. al., *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, Argentina, p. 128.

carguen de sentar las bases para la debida aplicación de las normas jurídicas internas y externas relativas a la materia de Derechos Humanos.

Si bien es cierto que, ya existen evidencias de la buena voluntad de quienes desempeñan una función pública tan relevante como lo es, la de impartir justicia en una sociedad, se requiere de un esfuerzo mayor que permita clarificar y expandir en la mayor cantidad de los órganos jurisdiccionales del país, debido a que, debemos recordar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos se implementó desde el año 2011.

Los esfuerzos dedicados por el máximo tribunal de la nación, son de suma importancia, sobre todo porque se sustentan en la cláusula de interpretación conforme, sin embargo, si no existe una estadística nacional al respecto, poco podremos prevenir el devenir histórico del alcance real del cambio substancial que realizó el poder político en la nación.

Recordemos además que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a extendido la obligatoriedad de que los estados miembros del Pacto de San José, deben cumplir no sólo con la convención acordada, sino también con la jurisprudencia que ha emitido en la resolución de los conflictos, y esta última cuestión bien puede ya formar parte del estudio que deben realizar los juzgadores de todas las naciones parte en la resolución del caso concreto, y en México, con el escenario que se tiene, es el momento ideal para exponenciar el cumplimiento y vigencia de los compromisos adquiridos en el ámbito internacional, sobre todo en esta materia tan fundamental para todos los individuos, como lo son, los derechos humanos.

Es por eso que, convendría que, a través de los órganos administrativos, que son los consejos de la judicatura, y que integran los poderes judiciales de la nación, se obligue, a los órganos jurisdiccionales del país, a informar los asuntos en donde hayan ejercido el bloque de constitucionalidad y con ello inaplicaron, a través de la cláusula de interpretación conforme, alguna disposición normativa que haya sido contraria a la Constitución o la Convención Americana de Derechos Humanos, misma que, sería posible concentrar de manera mensual e inclusive elaborar un anuario que permita evaluar el seguimiento del cumplimiento por entes como lo son la Comisión Nacional de Tribunales –CONATRI- o la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia –AMIJ- para determinar el grado de avance en esta materia.

Así, será posible dar seguimiento al grado de eficacia que existe en la solución de los asuntos que le son sometidos a los tribunales de la nación y generar esa cultura de respeto y vigencia de los derechos humanos, que permita consagrarnos como esa nación privilegiada en donde la vigencia y respeto a estos derechos son y serán parte de la vida cotidiana de todos los mexicanos.

Posiblemente algunos se pregunten si existe alguna motivación para llegar a ese punto, debido a que, los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos no han adquirido otro compromiso de naturaleza económica o política como lo han hecho en la Unión Europea, pero debemos entender que, el lograr la vigencia y respeto a las máximas libertades de cualquier persona en América, debe ser el elemento suficiente para buscar alcanzar esa meta idealista que permitirá obtener el mayor ejercicio de las libertades entre los seres humanos, consolidándonos como sociedades consolidadas en materia de derechos humanos.

VII. LITERATURA CONSULTADA

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993;
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Atienza y Espejo (trads.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.
- ARAGÓN, Manuel, “Constitución y Control de Poder”, en *Constitución, Democracia y Control*, UNAM, México, 2002.
- AYALA Corao, Carlos, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 6a. ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- CABALLERO Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009.
- CABALLERO Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persone (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución”, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011.
- DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc M., “La protección internacional de los derechos humanos”, en FIX -ZAMUDIO, Héctor, CARPIZO, Jorge, et. al.,

- Protección internacional de los Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, Argentina.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, ed. UNAM-CNDH, México 2011.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Porrúa-UNAM, México, 1999.
- CARBONELL, Miguel, *Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana*, en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984; Fernández Segado, Francisco, “Estudio preliminar. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo”, en Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Brage, Joaquín (trad.), Dykinson, Madrid, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERREIRA Mendes, Filmar, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- FERRER Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011.
- GARCÍA Ramírez, Sergio, *Temas de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Votos particulares*, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente/Universidad Iberoamericana/Universidad Autónoma de Guanajuato, México, 2005.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Brage Camazano, Joaquín (trad.), Dykinson, Madrid, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, BRAGE, Joaquín (trad.), Dykinson, Madrid, 2003.
- GOMES Canotilho, J.J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, 9ª ed. México, 2011.
- GUASTINI, Riccardo “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2008.

MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, IJ-UNAM, México, 2002.

PRIETO Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, 2ª edición, Madrid.

REQUEJO Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento. La constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, Mac Graw-Hill, 1995.

Hemerografía

CARPISO Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25 julio-diciembre 2011.

DA Silva, Firgilio Alfonso, *La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional.

Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), de 1988

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990

Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Precedentes relevantes

Precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos he emitido diversos asuntos posteriores con responsabilidad para el Estado mexicano, como lo son el caso

Fernández Ortega y otros vs México de fecha 30 de agosto de 2010,

Rosendo Cantú y otra vs México de fecha 31 de agosto de 2010,

Cabrera García y Montiel Flores vs México de fecha 26 de noviembre de 2010

Tesis Aislada Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Pleno Varias 912/2010 Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo del estado de Guanajuato, México.

Resolución del Toca número 103/12/PL.

Resolución del Toca número 114/12/PL.

Resolución del Toca número 25/12/PL.

Páginas web

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/historia-de-la-corteidh> consultada el 26 de julio de 2013.

LOS RETOS DEL DERECHO ELECTORAL PARA EL AVANCE DE LA DEMOCRACIA*

Marina del Pilar OLMEDA GARCÍA**

SUMARIO. I. *Planteamiento*. II. *Marco teórico conceptual*. III. *Principios democráticos y sistema electoral mexicano*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Fuentes de consulta*.

I. PLANTEAMIENTO

La democracia es el paradigma que tanto científicos sociales, como políticos y las sociedades en su conjunto, han encontrado para intentar lograr un equilibrio entre el ejercicio del poder y el respeto de los derechos de cada persona en particular, para la mejor convivencia humana. La sociedad tiene confianza y deposita su esperanza en la democracia como forma de vida y sistema político, para conducir su convivencia.

La humanidad desde su origen en la búsqueda de métodos, sistemas y fórmulas para entender la manera de organizarse políticamente ha centrado sus esperanzas en la democracia, el punto central es intentar definir este concepto. Si nos remitimos a la etimología parece ser una tarea fácil: *dêmos* –*pueblo y krátos*– *gobierno o poder*. No obstante, este término antiguo ha tenido históricamente concreciones diversas, dependiendo de qué se entiende por

* Esta ponencia fue presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en la ciudad de Tucumán, Argentina, del 17 al 19 de septiembre de 2013, en la sesión 4 titulada “Estado Constitucional. Principios e Instituciones”, en la comisión 4 D Instituciones: “Participación ciudadana. Representación y representatividad. Sistemas electorales. Clientelismo en Iberoamérica”.

Este trabajo es producto de una investigación amplia que se está realizando en la Facultad de Derecho-Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California desde hace ocho años. El tema que se aborda en esta ocasión, se centra en papel que tiene el Derecho Electoral para la Calidad Democrática, tomando como eje de reflexión el sistema electoral a partir de los principios que sustentan la democracia en la normativa constitucional mexicana.

** Profesora-Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California.

el término *pueblo*, quienes lo integran, de éstos, cómo intervienen en el quehacer de gobernar y hasta donde llegan los beneficios de esa forma de hacer política. Por otra parte, el término democracia, se ubica en la soberanía popular, en la determinación de una sociedad para encontrar formas de convivencia, se centra en la capacidad de asociación, elección y participación para seleccionar a los gobernantes.

La democracia tiene sus antecedentes remotos en los pueblos antiguos, aunque surgió limitada. En la Grecia clásica solo participaban los *hombres libres*, con exclusión de las mujeres, ancianos y esclavos, quienes integraban la mayoría de la población. Aristóteles al referirse a la democracia afirmó: “*la primera forma de democracia es la que funda principalmente en la igualdad... Y como el pueblo constituye el mayor número y prevalece la decisión del pueblo, este régimen es forzosamente una democracia.*”¹

Más adelante, en la edad media, “*se encuentran algunas experiencias comunales*”². En esta etapa de la humanidad se vivieron procesos predemocráticos que derrumbaron el renacimiento con la aparición del estado moderno, absorbente, controlador, centralizador y durante mucho tiempo absoluto. Más adelante, con el liberalismo ilustrado, resurgieron los ideales democráticos con gran fuerza en contra del absolutismo para instituir el Estado nacional.

Cabe destacar la importancia de las aportaciones británica, americana y francesa. Patricia Galeana afirma que,

con sus antecedentes británicos y la aplicación de los principios constitucionales en Estados Unidos y después en Francia, surgieron las formas de control de poder, para garantizar los derechos de los individuos frente al Estado y la participación ciudadana en la toma de decisiones”³.

Felipe Tena Ramírez argumenta que, “*la democracia moderna es resultante del liberalismo político, por cuanto constituye la fórmula conciliatoria entre la libertad individual y la coacción social*”⁴. En un brevísimo recorrido por este camino, se encuentra la Carta Magna Inglesa de 1215, que continúa con el *Petition of Right* de 1628 y que concluye con una extraordinaria expresión de estos derechos en el *Bill of Rights* de 1689, es el antecedente más cercano a una Ley fundamental porque en ella se integró por primera vez la libertad como

¹ Aristóteles, *Política*, trad. De Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 175.

² Ibidem.

³ Galeana, Patricia, compiladora, *El camino de la democracia en México. Archivo general de la nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, p. 18.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1985, p. 89.

seguridad jurídica, es decir, la libertad en sentido moderno, que confluye en el origen de las reglas del *due process of law*, debido proceso legal o formalidades esenciales del proceso. Por la parte estadounidense, la Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776 se constituye como una declaración que determina los principios inherentes a los derechos fundamentales. Otro documento indispensable de estos estatutos fundacionales es la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta Constitución, al igual que la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, integran el mejor producto de dos movimientos revolucionarios emblemáticos para la humanidad, la Revolución Francesa y la lucha por la independencia de los Estados Unidos, que vinieron a representar un especie de acta de nacimiento del Constitucionalismo, de donde surgieron las formas de control del poder, para garantizar los derechos de los individuos frente al Estado y la participación ciudadana en la toma de decisiones.

En la realidad política del ejercicio del poder, no obstante la importancia a las aportaciones expuestas, el sistema democrático es un asunto bastante reciente, el doctor Jorge Carpizo afirma que *“la democracia, tal y como la entendemos en la actualidad es un asunto de siglo XX, que ciertamente tiene antecedentes remotos”*⁵. La Democracia en algunos países de Europa Occidental, resulta difícil entenderla antes de la segunda guerra mundial, como los casos de Alemania, España, Italia y Portugal; inclusive en Suiza, a las mujeres se reconoció el derecho de voto en el ámbito federal hasta 1971. Sin embargo, debe reconocerse que después de esta segunda guerra, en el continente europeo se han alcanzado sistemas democráticos con estabilidad y desarrollo socioeconómico.

La democracia latinoamericana es un fenómeno no acabado, en nuestra región, aunque con fuertes raíces democráticas en el siglo XIX y con un desarrollo teórico abundante en el siglo XX, los países de esta parte del continente americano han sufrido múltiples fracasos democráticos, debido a golpes de Estado, gobiernos autocráticos, militares, dictatoriales y otros populistas, aunados a graves problemas sociales y económicos. Respecto a la situación Socioeconómica de esta región, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en sus informes publicados en la última década, se asienta que *“de los habitantes de la región, aproximadamente el 45% viven por debajo del nivel de pobreza; que las sociedades latinoamericanas eran y son las más desiguales del mundo, y que ambos fenómenos han persistido las tres últimas décadas”*.⁶

⁵ Carpizo, Jorge, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina, México, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 95.

⁶ Organización Nacional de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, Aguilar- Altea- Taurus- Alféguara.

Otro problema lacerante en América Latina, es el relativo a la corrupción,

en Argentina, un ex-Presidente de la República fue procesado por contrabando de armas; en Perú fue abierto un maxiproceso en contra de un ex-Presidente y buena parte de la cúpula civil y militar que gobernó durante una década; en Nicaragua, un ex-Presidente fue condenado a 20 años de cárcel; y en el caso de México, durante la etapa fuerte del autoritarismo, la corrupción fue terriblemente mayor que la que se presenta en los últimos tiempos⁷.

Se encuentra asimismo, que en algunos Estados de América Latina el crecimiento de la delincuencia es alarmante; en otros Estados, el encono social se incrementa y las sociedades se están dividiendo. Ante esta situación, todo parece indicar que en los Estados de América Latina se plantea la necesidad de revisar en qué medida se cumplen los ideales de la democracia. En sustento a lo expuesto se encuentran los estudios de Diego Valadés, en los que llega a la afirmación de que,

sin que esto suponga desconocer la importancia de las revoluciones británica y americana, la democracia europea es un proceso típicamente decimonónico, y la democracia latinoamericana es apenas un fenómeno veintiseccular, no del todo consolidado que, sin embargo, hunde sus raíces en el siglo precedente.⁸

II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

En este segundo apartado, se intenta delimitar el significado del concepto “*democracia*”, en su acepción procedimental y fundamentalmente sustantiva, a partir de la revisión de las reglas que se han articulado para la utilización de los elementos que conforman el discurso acerca de lo que se entiende por este término. Se parte, de que intentar entender la democracia real, requiere en el presente, redefinir y precisar el lenguaje que se ha venido utilizando tanto por la doctrina, como en la comunicación político electoral y en la misma normatividad, particularmente en las Constituciones.

⁷ Carbonell, Miguel, *La construcción de la Democracia Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2005, pp. 108-109.

⁸ Valadés, Diego, *Haciendo camino. En el Camino de la democracia en México* compiladora Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, p.24.

Si bien, la democracia del mundo contemporáneo nace en el siglo XIX, y su entendimiento en el concepto actual es una realidad del siglo XX, sus antecedentes en la humanidad vienen desde la antigüedad. Este concepto como campo de estudio ha tenido un destacado tratamiento teórico, con abundante doctrina de las ciencias jurídica y política.

Estamos ante un concepto polémico, desde su origen etimológico surge la primera dificultad, pues en la palabra democracia que significa el *gobierno del pueblo*, los mismos griegos no incluían en este término a la totalidad de los integrantes de una comunidad y en la historia del lenguaje político el concepto *pueblo* está relacionado con su naturaleza y extensión, como un cuerpo colectivo orgánico o como la suma de todos los individuos particulares. El sustantivo *Krátos* significa *fuerza, solidez* y también *superioridad*, lo que puede interpretarse como fuerzas preponderantes que se imponen, por lo que pasa a designar un poder político: el poder de tomar decisiones colectivas. Michelangelo Bovero, a partir de la etimología afirma que,

podemos así llegar a una primerísima definición con muchas lagunas y ciertamente arcaica, según la cual por democracia debemos entender, a la letra el poder (krátos) de tomar decisiones colectivas, es decir, vinculantes para todos, ejercido por el pueblo (dêmos), es decir, por la asamblea de todos los ciudadanos en cuanto miembros del dêmos, mediante (la suma de) libres decisiones individuales.⁹

La síntesis doctrinal sobre el concepto de democracia exige iniciar con los griegos; en efecto, la democracia se ubica desde Aristóteles, quien afirmó en su obra sobre la Política que,

(...) la ley de tal democracia entiende por igualdad que no sean más en nada los pobres que los ricos, que ni dominen los unos sobre los otros sino que ambas clases sean semejantes. Pues si la libertad, como suponen algunos, se da principalmente en la democracia, y la igualdad también, esto podrá realizarse mejor si todos participan del gobierno por igual y en la mayor medida posible¹⁰.

En el mismo sentido, Giovanni Sartori referencia a Aristóteles en su obra sobre Teoría de la Democracia¹¹. Por su parte, Hans Kelsen afirma que, “*la democracia es la identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder*

⁹ Bovero, Michelangelo, *Una Gramática de la Democracia contra el Gobierno de los Peores*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p.17.

¹⁰ Aristóteles, *Política*, traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 175.

¹¹ Sartori, Giovanni, *Teoría de la Democracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1999, pp. 204-205.

*del Estado y gobierno del pueblo por el pueblo*¹². Del análisis de esta definición se encuentran dos temas estrechamente vinculados, uno de tipo procedimental y otro de contenido. El aspecto procedimental de la democracia para Kelsen es el medio por el cual los dirigidos eligen a los dirigentes para lograr la identidad entre ellos, así los dirigidos crean las normas que los rigen a través de los dirigentes que ellos eligieron. El aspecto de contenido de la democracia para este autor, está referido a “*el gobierno del pueblo para el pueblo*”. En este punto se encuentran los derechos del pueblo, toda vez que el pueblo vota y elige los dirigentes para que gobiernen y legislen para él y como consecuencia los elegidos deben velar por las libertades, los intereses y bienestar de quienes los eligieron.

Para Carl Schmith, un elemento importante en la democracia es el tema de los electores, cuando afirma que,

la mayor parte de las definiciones de Democracia hablan de un “imperio de la mayoría”. Esta mayoría es la de los llamados ciudadanos activos, es decir con derecho de voto. No necesita ser en sí misma ni la mayoría de los súbditos del Estado, ni la mayoría de los habitantes de su territorio... es preciso que tenga derechos ciudadanos la gran masa de población¹³.

Para este autor, no sólo se requiere que se decida por mayoría, dentro de una minoría que tiene a su disposición una gran población privada de derechos

Kurt L. Shell sostiene que la democracia incorpora elementos que son comunes a todos los enfoques que se elaboran en torno a este concepto. Este autor integra como elementos de la democracia:

el principio de la soberanía popular; el concepto pueblo en el que suman todos los ciudadanos que residen permanentemente en un territorio y que disfrutan la mayoría de edad legal; el principio de igualdad en lo que atañe a la participación en el proceso de formación de la voluntad política; existen instituciones que permitan al pueblo soberano expresar su voluntad y participar en el proceso de formación de la voluntad política; existencia de libertades necesarias para que el pueblo emita su voluntad, derechos fundamentales para la libre formación de opinión sobre las decisiones políticas; ha de existir igualdad social, para que la población tenga posibilidad de comprender lo que le beneficia¹⁴.

¹² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Ed. Nacional, 1980, pp. 30-35.

¹³ Schmith, Carl, *Teoría de la constitución*, México, Ed. Nacional, 1966, p. 260.

¹⁴ Shell, Kurt L, *Diccionario de ciencia política dirigida por Axel Gortlitz*, Madrid, Ed. Alianza, 1980, págs.126-127.

Se encuentra así, que para este autor, el concepto de democracia integra elementos, tanto de contenido como procedimentales.

Joseph Schumpeter y Robert Dahl basan su análisis de la democracia en los procedimientos. Para el primero de ellos, “*el método democrático es la ordenación institucional para llegar a las decisiones políticas, en virtud del cual el individuo logra el poder de decidir mediante una competencia que tiene por objeto el voto popular*”¹⁵. Robert Dahl, parte del principio de que,

el gobierno democrático se caracteriza por su capacidad para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos. Y eso exige que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad para formular sus preferencias, mantenerlas públicamente entre sus partidarios y ante el gobierno, individual y colectivamente; como también, recibir por parte del gobierno igualdad de trato¹⁶.

Esta concepción de democracia se ubica en el ámbito procedimental, donde el reconocimiento de un sistema de reglas establece un método para llegar a decisiones políticas, en la cual cada integrante de la sociedad decide mediante una competencia electoral que tiene por objeto el voto popular. El acento de este procedimiento está puesto en la competencia y la necesidad de un régimen legal-democrático que garantice: la existencia de oposición y que el voto popular sea un factor clave.

Para Norberto Bobbio,

en la teoría política contemporánea predominante en los países de tradición democrático-liberal, las definiciones de democracia se expresan en un margen más o menos amplio, bajo el criterio instrumental, como reglas o procedimientos en los que deben ser considerados, entre otros aspectos: el análisis de la igualdad como sustantivo de la democracia... el punto de partida ineludible, es el individuo como sujeto de la voluntad racional¹⁷.

Sostiene este autor, que la igualdad que distingue a la democracia como forma de gobierno, se centra en la distribución igual del poder de decisión colectiva entre todos los integrantes de una comunidad, a quienes conciernen esas decisiones, con base en el reconocimiento de la capacidad de todo ser humano de entendimiento de la política.

¹⁵ Shumpeter, Joseph, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Nueva York, Harper, 1947, p. 136.

¹⁶ Dahl, Robert A., *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, p. 58.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho y del Estado*, Traducción castellana, México, UNAM, 1958, pp. 376-379.

Michelangelo Bovero, acentúa la definición de democracia en el ámbito de su contenido, este autor en su obra sobre la gramática de la democracia realiza un profundo análisis sobre los elementos que la incorporan, expone que

la democracia consiste en una cuota igual de participación en el proceso de participación política, que se justifica basándose en el reconocimiento de que los juicios, las opiniones y las orientaciones políticas de todos los individuos considerados tienen igual dignidad y que las eventuales diferencias de clase social no influyen en la capacidad de juicio o de deliberación¹⁸.

Para este autor, el método no puede dejar de conjugarse con los derechos “*inviolables del individuo*”, o como él mismo lo expresa con las cuatro grandes “*libertades modernas*”: la personal, la de opinión, la de reunión y la de asociación, además del énfasis que acertadamente otorga a los derechos sociales.

Giovanni Sartori expresa que, “*la democracia es un procedimiento y mecanismo que: a) genera una oligarquía abierta cuya concurrencia en el mercado electoral; b) atribuye el poder al pueblo, y c) específicamente hace valer la responsabilidad de los líderes para con los liderados*”¹⁹. Este autor concibe la democracia como un sistema en el que *nadie puede seleccionarse a sí mismo*, y que por lo tanto, “*nadie puede arrogarse un poder incondicional*”, que la democracia exige limitaciones para su moderación, esto hace necesario atribuirle el poder al pueblo, mediante procedimientos y mecanismos de oferta electoral.

Manuel García Pelayo plantea la democracia tanto en el marco de su contenido como en el procedimental, afirma que, desde el punto de vista político, el sistema democrático se caracteriza por las siguientes notas:

la voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas; “el pueblo”, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; la democracia en su expresión teórica restringida... se manifiesta mediante diferentes instituciones: sufragio, referéndum, iniciativa y plebiscito”²⁰.

Para este autor, la democracia otorga al pueblo la soberanía, y se exterioriza mediante diferentes instituciones.

¹⁸ Bovero, Michelangelo, *Una Gramática de la Democracia contra el Gobierno de los Peores*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 26

¹⁹ Op. Cit. pp.202-260.

²⁰ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1967, pp. 169-184.

Leonardo Morlino, Guillermo O'Donnell, Joseph Schmitter, entre otros, proponen como “*criterio de evaluación la proximidad o lejanía de los valores de libertad e igualdad que son inherentes a toda democracia*”.²¹ Para estos autores, promotores de la calidad democrática, la base fundamental de la democracia está en los principales beneficiarios de las acciones políticas, por lo que, el análisis de la calidad de la democracia debe centrarse en los ciudadanos y para saber si una democracia es tal, hay que evaluarla en términos de: *resultados, contenidos y procedimientos*. Para Diamond y Leonardo Morlino las dimensiones se materializan en los siguientes términos “*a) de tipo procedimental: gobierno de la ley o Estado de derecho (Rule of law); participación; competencia; rendición de cuentas vertical; rendición de cuentas horizontal; b) de contenido: libertad; igualdad; c) de resultados: reciprocidad*”.²²

Jorge Carpizo, desde su visión de jurista, en la definición de democracia incluye como “*elementos constitutivos de la misma un núcleo duro como elementos básicos y otros complementarios que están estrechamente relacionados con los primeros*”²³. En su definición, el doctor Carpizo integra y examina 17 características que circunscriben la democracia de nuestros días, las que considera se encuentran contenidas “*explícita e implícitamente*” en este concepto. Pueden agruparse estas características en los dos tipos de elementos de la democracia que se ha venido proponiendo por la doctrina. Entre los elementos que destaca se encuentran: la calidad de vida, como parte de la democracia social; la defensa y protección de los derechos humanos a partir del principio de dignidad humana y como base del sistema, la igualdad, la libertad, el orden jurídico, constitución y estado de derecho, y laicismo. Entre los elementos que podemos ubicar como procedimentales, de las características que explica este autor, se encuentran, el voto libre, secreto y sin coacción alguna; la existencia de elecciones periódicas; los partidos políticos como organizaciones de interés público y el respeto a las minorías políticas.²⁴

También desde una visión constitucionalista, el doctor Diego Valadés sostiene que, “*la consolidación democrática demanda un complejo entramado de normas constitucionales que definan el derecho al poder, el derecho del poder, el derecho ante el poder y, por supuesto, el control del poder*”²⁵. Para este autor, el derecho al poder com-

²¹ Cansino Cesar y Covarrubias Israel, coordinación, *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, Centro de estudios de política comparada, México, 2007, p. 165.

²² Morlino Leonardo, *Democracias y Democratizaciones*, Centro de estudios de Política Comparada, México, 2005, p.243.

²³ Op. Cit. p.100.

²⁴ Ibidem, pp. 101-109.

²⁵ Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, Universidad Autónoma de México, 2002, pp. 80 y 81.

prende a las instituciones electorales como partidos, asociaciones políticas, autoridades y procedimientos electorales; el derecho del poder corresponde a la estructura y funcionamiento de los órganos del poder; el derecho ante el poder se refiere a la necesidad de promover la cultura jurídica y de facilitar el acceso a la justicia, finalmente, el cuarto elemento corresponde a un eficaz control del poder. Para este autor, la consolidación democrática, requiere tanto elementos de contenido como procedimentales; en los primeros está la cultura jurídica, la facilitación del acceso a la justicia y el funcionamiento de los órganos del poder; y, en los segundos está lo relativo a las instituciones electorales y el eficaz control del poder, entre otros.

En esta breve revisión doctrinal se encuentra que para la ciencia jurídica en coincidencia con la ciencia política, el término “*la calidad de la democracia*” es una noción del lenguaje científico que se ha incorporado recientemente y que ha venido a revigorizar el debate teórico. Este término, aparece en la doctrina a finales del siglo XX, con la caracterización de dos grupos de elementos, procedimentales y cualitativos o de contenido. Cabe afirmar entonces, que los elementos procedimentales de la democracia y que se concentran en el sistema electoral, deben aportar para el fortalecimiento de los elementos cualitativos o de contenido, que se materializan en la calidad de vida de una sociedad, en un orden jurídico justo, estado de derecho, en el respeto y defensa de los derechos humanos a partir de los principios de dignidad humana, igualdad y libertad.

III. PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS Y SISTEMA ELECTORAL MEXICANO

En el Estado mexicano, su ley fundamental integra en el concepto de democracia, tanto elementos de contenido como procedimentales. En el diseño constitucional mexicano, la democracia resalta como un principio fundamental, no sólo como forma de gobierno, sino como forma de vida de los mexicanos. Así, en el apartado primero constitucional de los derechos fundamentales, en el artículo tercero constitucional sobre el derecho a la educación, quedó determinado que:

...II. El criterio que orientará a esta educación se basará... Además: a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida, fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

En un apartado posterior, la Constitución mexicana refiere las prerrogativas de los ciudadanos mexicanos, con determinación en el capítulo cuarto, *De los ciudadanos mexicanos*, artículo 35, que: “*son prerrogativas de los ciudadanos: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; III. Asociarse individual y libremente, para tomar parte de forma pacífica en los asuntos políticos del país*”.

Otro principio democrático que destaca la Constitución mexicana se encuentra en su apartado orgánico, con la institucionalización de la forma de gobierno y el diseño del sistema electoral mexicano, en el título segundo, capítulo primero constitucional, “*De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno, artículo 40: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática y federal*”. Seguidamente, en el artículo 41 se establecen las bases de los elementos procedimentales de la democracia mexicana. Se dispone que la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases: I. Partidos Políticos como entidades de orden público; II. Prerrogativas de los partidos políticos; III. Reglamentación de los medios de comunicación social en materia electoral; IV. Tiempos de las precampañas y campañas; V. Institución administrativa electoral como organismo público autónomo, encargada de la organización de las elecciones federales, y VI. Sistema de medios de impugnación. Por último, para concluir la presentación de las bases constitucionales, otros preceptos de la ley fundamental mexicana vinculados al sistema electoral son los artículos 6, 85, 99, 108, 116, 122, y 134.

Expuestas las bases constitucionales de los principios democráticos que rigen el sistema electoral mexicano, pasamos a revisar como este sistema ha ido evolucionando en su marco normativo. Se parte del reconocimiento otorgado a México por el desarrollo de nuestro derecho electoral y el diseño de sus instituciones, tanto por lo que corresponde autoridades electorales administrativas como jurisdiccionales. La doctrina, en palabras de John M. Ackerman, afirma que, “*México sobresale a nivel internacional por el gran desarrollo de su derecho electoral, así como la sofisticación de sus instituciones electorales*”²⁶. Héctor Fix-Fierro afirma en el mismo sentido que,

la democracia mexicana se ha venido construyendo a través de una progresiva secuencia de reformas electorales a lo largo de muchos años. Las experien-

²⁶ Ackerman, John M, *Estudio Introductorio: nuevos escenarios del derecho electoral*, en Ackerman John M, coordinador, *Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, 2009, p.11.

cias en este prolongado camino han mostrado una y otra vez, la capacidad de México para superar los obstáculos y encontrar las oportunidades para mejorar su régimen político²⁷.

En el mismo sentido, José de Jesús Orozco Hernández sostiene que, “*sin duda, la participación crítica y propositiva de juristas y otros científicos sociales ha venido contribuyendo al perfeccionamiento de nuestras instituciones y, en general, del derecho electoral mexicano, el cual se ha convertido en un referente obligado en el mundo*”²⁸. En sustento a lo expuesto por estos autores, en México se ha desarrollado importante literatura producto de serias investigaciones.²⁹

²⁷ Fix-Fierro, Héctor, en la presentación de *Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene.*, coordinadores: Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte, México, Universidad Autónoma de México, Internacional IDEA, 2007, p. 9.

²⁸ Orozco Henríquez, José de Jesús, *Retos de la justicia electoral mexicana*, en Ackerman John M, coordinador, p. 198, *Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, 2009.

²⁹ Ackerman, John M., *Autenticidad y nulidad, por un derecho electoral al servicio de la democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012; este investigador tiene otros serios estudios sobre la materia publicados en las obras: Elecciones 2012, Nuevos Escenarios del Derecho Electoral: Los retos de la reforma 2007-2008, Más allá del Acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho, Organismos Autónomos y Democracia: El caso de México; Aziz Nassif, Alberto, coordinador, *México al inicio del siglo XXI, democracia, ciudadanía y desarrollo*, México, CIESAS-Miguel Ángel Porrúa, 2003; Carbonell Miguel, *La construcción de la Democracia Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2005, --- *Una Historia de los derechos Fundamentales*, México, Ed. Porrúa, UNAM, CNEH, 2005; Cárdenas, Jaime, *Estudios jurídicos en torno al IFE*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009; Carpizo Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007; Colomer, Josep M., *Reflexiones sobre la reforma política en México*, *En Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002; Concepción Montiel, Luis Enrique, *La reforma electoral y su contribución a la calidad de la democracia en México*, *En la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010; Córdova Vianello, Lorenzo, y Salazar Ugarte, Pedro, coordinadores, *Constitución, democracia y elecciones, La reforma que viene*, México, UNAM, Internacional IDEA, 2007; Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *Derecho constitucional electoral*, México, Ed. Porrúa, 2008; Fernández Ruíz, Jorge, *Tratado de Derecho Electoral*, México, Ed. Porrúa, 2010; Elizondo Gasperín, María Macarita, *Temas selectos de derecho electoral, formación y transformación de las instituciones*, México, Instituto Electoral de Chihuahua, 2005; Galeana Patricia, compiladora, *El camino de la democracia en México. Archivo general de la nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998; Lujambio, Alonso, *Últimas reformas electorales, En el Camino de la democracia en México*, compiladora, Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998; Morlino, Leonardo, *Democracias y democratizaciones*, México, Centro de Estudios de Política Comparada, 2005; Orozco Gómez, Javier, *El derecho electoral mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1993; Orozco Henríquez, José de Jesús, compilador, *Ética y derecho en el umbral del siglo XXI: memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral IV*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas de

En la evolución de México en el siglo XX y esta década del XXI, la normatividad electoral mexicana se ha ido construyendo con una historia diferenciada. En un primer antecedente, Venustiano Carranza en el decreto del 14 de septiembre de 1916, estableció las bases para las elecciones de diputados del Congreso Constituyente. El 15 de septiembre se emitió la convocatoria al Congreso Constituyente, el cual quedó integrado mediante elecciones directas que se realizaron el 22 de octubre de ese año, en los plazos y términos que se establecieron en la Ley Electoral, promulgada el 19 de septiembre de 1916, primera en este periodo de la historia moderna de México. El 6 de febrero de 1917 se promulgó una nueva Ley Electoral, con base en la cual se convocó a elecciones extraordinarias de Presidente de la República, Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, que se celebraron el segundo domingo de marzo de ese año. Emilio Zabadúa afirma que, “*la organización de las elecciones de 1916 y 1917, descansaron básicamente en la estructura municipal... las elecciones en el México moderno, a partir de la Constitución de 1917 y el régimen revolucionario que emana, parten de una estructura descentralizada en la organización de las elecciones*”.³⁰

Después de la Constitución del diecisiete, en México, a partir de fuertes reformas constitucionales fueron realizadas importantes cambios a la normativa electoral secundaria, para ir delineando el sistema político-electoral, con la siguiente cronología: 1918, 1946, 1949, 1951, 1973, 1977, 1987, 1991, 1992, 1993, 1994, 1996, 2007 y 2012.

Sobre estas fuertes reformas electorales, particularmente las que se realizaron a través de una progresiva secuencia a partir de las tres últimas décadas del siglo XX en México, *Lorenzo Córdova y Pedro Salazar* afirman que

la UNAM, 1999; ---, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Ed. Porrúa, 2006; --- *Retos de la justicia electoral mexicana*, en Ackerman John M., coordinador, *Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, 2009; Patiño Camarena, Javier, *Nuevo derecho electoral mexicano*, México, UNAM, 2006; Silva-Herzog, Márquez Jesús, *La idiotez de lo perfecto, Miradas a la política*, México, Fondo de cultura económica, 2006; Valadés, Diego, *Haciendo camino. En el Camino de la democracia en México* compiladora Patricia Galeana, México, Archivo general de la nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998; --- *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002; Valdez, Andrés y Huerta, Delia Amparo, *Reforma electoral y calidad democrática, En la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010; Zabadúa Emilio, *Los conceptos de soberanía y democracia en México a lo largo de su historia. En el Camino de la democracia en México*, compiladora Patricia Galeana, México, Archivo general de la nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998; Asimismo, se encuentran importantes obras colectivas producto de Congresos, foros y reuniones sobre este tema.

³⁰ Zabadúa, Emilio, *Los conceptos de soberanía y democracia en México a lo largo de su historia. En, el Camino de la democracia en México*, compiladora Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, p. 46.

“México transitó hacia la democracia en gran medida gracias a las sucesivas reformas electorales que tuvieron lugar en el ámbito federal pero también por las profundas transformaciones institucionales en la materia que se llevaron a cabo en el ámbito de las entidades federativas”³¹. Por su parte, Javier Orozco Gómez afirma que, “a partir de 1977, con el establecimiento del sistema de representación proporcional conjugado con el sistema mayoritario, representó una vía adecuada para que las minorías políticas se hicieran escuchar junto con las mayorías.”³² Asimismo, Alonso Lujambio sostiene que:

Si algo caracteriza a la transición mexicana a la democracia es su carácter gradual. Desde las críticas elecciones presidenciales de 1988, y de manera más dinámica a partir de 1994, el otrora partido hegemónico, se ha ido transformando en un partido más. Las elecciones mexicanas, sean para elegir presidente de la República, senadores, diputados, gobernadores, diputados locales o presidentes y cabildos municipales, son cada vez más disputadas, a la vez que limpias y transparentes. Competitividad y transparencia electorales han ido generando la posibilidad del poder compartido.³³

Por su parte, Josep M. Colomer afirma que,

el desarrollo del multipartidismo y el cambio de gobierno en México han creado nuevas condiciones para la gobernanza democrática. Esta requiere en general dos componentes: primero, la adecuada representación del pluralismo político a través de elecciones competitivas y honestas; y segundo, la toma de decisiones efectivas y satisfactorias por los representantes políticos en las instituciones.³⁴

No obstante, los avances de la democracia procedimental mexicana a través de un sistema electoral, estamos lejos de superar los vicios políticos del clientelismo, trampolismo y nepotismo, entre otros. Si el camino de la democracia viene desde muy atrás, tiene que reconocerse que ha de seguir hasta muy adelante. El camino de la democracia no se agota, intentar consolidarla es apenas hacerla viable y duradera y en ello el avance de la cultura política es un requisito indispensable, en el que el papel de los parti-

³¹ Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte, coordinadores, *Constitucion, democracia y elecciones. La reforma que viene*, México, Universidad Autónoma de México, Internacional IDEA, 2007, p. XIII.

³² Orozco Gómez, Javier, *El derecho electoral mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1993, pp. 21-22.

³³ Lujambio, Alonso, *Últimas reformas electorales. En, el Camino de la democracia en México* compiladora Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998, p. 204.

³⁴ Colomer, Josep M, *Reflexiones sobre la reforma política en México. En, Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 175.

dos políticos es uno de los instrumentos fundamentales de participación. La doctrina se manifiesta con opiniones diversas, José Woldenberg expone que:

“la reforma contiene aciertos notables, algunos desaciertos, generan algunas dudas y existe una omisión que debiera ser atendida.... La duda, revisar las fórmulas para la construcción y registro de partidos de tal suerte que aquellos ciudadanos que no se identifiquen con las ofertas existentes tengan la posibilidad de forjar su propio partido.... La omisión, habilitar al IFE como sujeto que puede iniciar una controversia constitucional”³⁵.

John M. Ackerman sostiene que

las instituciones gubernamentales y la clase política mexicana, están hoy ante el reto histórico de demostrar a la población que las elecciones son más que solamente una vía para dirimir los diferendos entre los integrantes de la clase política... sino que también sirven para atender asuntos más profundos como la distribución del poder político, social y económico³⁶.

Luis Enrique Concepción Montiel por su parte afirma, “*consideramos que la democracia tiene un valor y aunque cueste, hay que pagarla porque la entendemos indispensable para la convivencia política, social y cultural*”³⁷. Delia Amparo Huerta y Andrés Valdez se refirieron respecto a la legislación electoral vigente que “*genera las condiciones normativas para un mejoramiento en la calidad de la democracia mexicana, en la medida que a partir de su articulado se permite que los comicios se organicen sobre bases más equitativas y certeras*”³⁸.

El sistema electoral mexicano, como elemento procedimental fundamental de la democracia, debe incidir en la realización de sus principios y, por lo tanto, en el mejoramiento de su calidad, a través de campañas electorales más propositivas que generen mayor confianza, credibilidad y aprobación de los ciudadanos, hacia las instituciones públicas responsables de la organización electoral y de orientar lo político-electoral. Es de esperarse también, que el nivel de confrontación en la lucha por el poder público se

³⁵ Woldenberg, José, *Aciertos, desaciertos, dudas*, México, Periódico Reforma, 12 septiembre 2007, p.18.

³⁶ Ackerman, John M., *Autenticidad y nulidad, por un derecho electoral al servicio de la democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p.171

³⁷ Concepción Montiel, Luis Enrique, *La reforma electoral y su contribución a la calidad de la democracia en México. En, la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010, p. 338.

³⁸ Valdez Andrés y Huerta Delia Amparo, *Reforma electoral y calidad democrática. En, la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010, p. 86.

realice en forma más civilizada y el nivel de debate público se mejore. La normativa electoral, deberá incidir positivamente en la construcción de una cultura política democrática, en la medida en que se privilegie como parte de la contienda, el debate de ideas, propuestas y proyectos alternativos de nación, sobre la descalificación y ataques.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Es incuestionable, que el avance de la democracia se mide por la realización de sus principios constitucionales en la medida que el sistema electoral funcione. En un primer momento, es de esperarse que con el mejoramiento de la normativa electoral haya una mayor incidencia: en el ejercicio del derecho al voto; en una mejor selección de candidatos; en la organización de mejores precampañas y campañas electorales; en la mejor equidad en la contienda, en mejores formas de comunicación social electoral; en una mayor fiscalización, en una mejor regulación del financiamiento electoral público y privado, y en el mejoramiento de la justicia electoral, entre otros.

En México, el avance normativo del sistema electoral desde la Constitución de 1917 a la fecha, ha permitido la extensión de los derechos políticos de los ciudadanos, un régimen de partidos y su financiamiento, la integración de elementos de transparencia y rendición de cuentas, que configuran en cerca de un siglo, un sistema electoral competitivo. En cuanto a las autoridades electorales, sus funciones administrativas son muy importantes, como la capacitación de los ciudadanos que participan como funcionarios de casilla; la impresión y resguardo de la documentación electoral; la adquisición de material electoral, todo esto son tareas fundamentales.

Sin embargo, este trabajo administrativo no es la tarea central de la autoridad electoral, no es suficiente que el Instituto Federal Electoral y los institutos electorales de la entidades federativas en México aseguren la pulcritud del proceso electoral, por muy escrupulosos que pudiera parecer para evitar un eventual cuestionamiento de la validez y certeza de las elecciones. Su misión va más allá, la autoridad electoral tiene la responsabilidad de garantizar la equidad de las campañas políticas por medio de una regulación estricta de las acciones de los candidatos, de los partidos políticos y de los poderes fácticos, y en última instancia, la evaluación final de su desempeño deberá acreditar su contribución al desarrollo de la vida democrática.

Asimismo, el sistema electoral como elemento procedimental de la democracia, debe incidir integralmente en los elementos de contenido sustantivo del sistema democrático, que se materialice: en la situación que guarda

el Estado de Derecho; en la capacidad de respuesta a la satisfacción de las necesidades sociales básicas de alimentación, salud, educación y vivienda; en el respeto y defensa de los derechos fundamentales; en la ampliación de las diversas libertades, y en una mayor igualdad.

Es necesaria la vinculación entre democracia y desarrollo humano, que permita evaluar el comportamiento que tiene el sistema electoral dentro del funcionamiento social, económico, político y cultural del régimen democrático. Para esto, se requiere la correlación entre los elementos procedimentales e instrumentales que integran el sistema electoral, con los elementos consustanciales o de contenido que garantizan una democracia de calidad.

No obstante, existen retos en relación a indicadores cualitativos, los avances que registran los elementos procedimentales deben ser reflejados en una mayor cultura política, en un mayor respeto al principio de legalidad, en la igualdad ante la ley y en los hechos de los diferentes sectores de la población y de mejores condiciones de justicia, equidad y respeto a los derechos fundamentales.

En esto, debe quedar incluido: el equilibrio real entre los poderes, con límites y contrapesos y la madurez política de quienes lo ejerzan; el desarrollo de la transparencia y rendición de cuentas, mediante un sistema abierto de información pública; el mejoramiento del régimen de responsabilidades de servidores públicos, en el que se incluya también a particulares, en la rendición de cuentas y mecanismos de control, y naturalmente pleno acceso a la justicia, con respeto y defensa de los derechos humanos, donde el derecho pueda exigirse en forma pacífica. La representación del poder, más que un vínculo jurídico-político, es un compromiso moral.

V. FUENTES DE CONSULTA

ACKERMAN, John M. *Estudio Introductorio: nuevos escenarios del derecho electoral*, coordinador, *Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*, México, UNAM, 2009.

———. *Autenticidad y nulidad, por un derecho electoral al servicio de la democracia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

ARISTÓTELES. *Política*, traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

AZIZ NASSIF, Alberto, coordinador, *México al inicio del siglo XXI, democracia, ciudadanía y desarrollo*, México, CIESAS-Miguel Ángel Porrúa, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción castellana, México, UNAM, 1958.

- BOVERO, Michelangelo. *Una Gramática de la Democracia contra el Gobierno de los Peores*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- CANSINO, Cesar y COVARRUBIAS, Israel, coordinación, *Por una democracia de calidad*, México después de la transición, México, Centro de estudios de política comparada, 2007.
- CARBONELL, Miguel. *La construcción de la Democracia Constitucional*, México, Ed. Porrúa, 2005.
- . *Una Historia de los derechos Fundamentales*, Ed. Porrúa, México, UNAM, CNEH, 2005.
- CÁRDENAS, Jaime y otros. *Estudios jurídicos en torno al IFE*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.
- CARPIZO, Jorge. *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.
- COLOMER, Josep M. *Reflexiones sobre la reforma política en México. En Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- CONCEPCIÓN MONTIEL, Luis Enrique. *La reforma electoral y su contribución a la calidad de la democracia en México. En la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro. *Constitución, democracia y elecciones, La reforma que viene, Primera edición*, UNAM, México, 2007.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Derecho Constitucional Electoral*, México, Ed. Porrúa, 2008.
- DAHL, Robert A. *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Ed. Tecnos, 1989.
- ELISONDO GASPARÍN, María Macarita, *Temas Selectos de Derecho Electoral, Formación y Transformación de las Instituciones*, México, Instituto Electoral de Chihuahua, 2005.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Tratado de Derecho Electoral*, Ed. Porrúa, México, 2010.
- FIX FIERRO, Héctor y ZOVATTO, Daniel, Presentación en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro, *Constitución, democracia y elecciones, la reforma que viene*, México, UNAM, Internacional IDEA, 2007.
- GALEANA, Patricia, compiladora. *El camino de la democracia en México. Archivo general de la nación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1967.
- INSULZA, José Miguel. *América Latina podría sufrir otros golpes de Estado: OEA*, México, La Voz de la Frontera. Mexicali, B.C., 7 de octubre de 2010.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*, México, Ed. Nacional, 1980.
- LÓPEZ GÚZMAN, Cuahtémoc, HERNÁNDEZ SOTO, Humberto y CONCEPCIÓN MONTIEL, Luis Enrique. *La calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California e Instituto Electoral de Participación Ciudadana del Estado de Baja California, 2010.
- LUJAMBIO, Alonso. *Últimas reformas electorales. En el Camino de la democracia en México*, compiladora, Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.
- MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*, México, Centro de estudios de política comparada, 2005.
- Organización Nacional de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, Aguilar- Altea- Taurus- Alfaguara, 2004.
- OROZCO GÓMEZ, Javier. *El derecho electoral mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1993.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *Ética y derecho electoral en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral IV*, Primera edición, México, UNAM, 1999.
- . *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Ed. Porrúa, 2006.
- . *Retos de la justicia electoral mexicana*, en Ackerman John M., coordinador, Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008, México, UNAM, 2009.
- PATIÑO CAMARENA, Javier. *Nuevo derecho electoral mexicano 2006*, Octava edición, México, UNAM, 2006.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia*, Madrid, Ed. Alianza, Universidad, 1988.
- SCHMITH, Carl. *Teoría de la constitución*, México, Ed. Nacional, 1966.
- SHELL, Kurt L. *Diccionario de ciencia política* dirigida por Axel Gorlitz, Madrid, Ed. Alianza, 1980.
- SHUMPETER, Joseph, Capitalismo, socialismo y democracia, Nueva York, Harper, 1947.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1985.

VALADÉS, Diego. *Haciendo camino. En el Camino de la democracia en México*, compiladora, Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

———. *Constitución y democracia*, México, México, Universidad Nacional Autónoma de 2002.

VALDEZ, Andrés y HUERTA, Delia Amparo. *Reforma electoral y calidad democrática. En la calidad de la democracia en los procesos electorales en México*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2010.

WOLDENBERG, José. *Aciertos, desaciertos, dudas*, México, Periódico Reforma, 12 septiembre 2007.

———. *La próxima reforma electoral* en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *Constitución, democracia y elecciones, la reforma que viene*, México, UNAM, Internacional IDEA, 2007.

ZABADÚA, Emilio. *Los conceptos de soberanía y democracia en México a lo largo de su historia. En el Camino de la democracia en México*, compiladora, Patricia Galeana, Archivo general de la nación, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.

Normatividad

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Ley de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Baja California.

CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS*

J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ**

Agradezco cumplidamente a las instituciones organizadoras, en especial a nuestro Presidente del Instituto Iberoamericano, el Dr. Diego Valadés, así como a nuestros amables anfitriones, su generosa invitación para asistir a la décima primera edición del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, el cual mucho ha enriquecido con sus ideas y deliberaciones la doctrina jurídica contemporánea y el trabajo legislativo y jurisprudencial en nuestra región.

Constituye un altísimo y grato honor participar en esta edición que lleva el nombre de “Jorge Carpizo”, ilustre jurista mexicano y uno de los más grandes constitucionalistas que ha visto Iberoamérica, cuyas ideas influyen ahora y seguirán trascendiendo en los más importantes debates sobre constitución, justicia y derechos humanos.

Como lo dijo Jorge Carpizo en una de sus tantas obras:

la concepción de la dignidad humana no conduce a un individualismo; al contrario, reconoce el valor de la comunidad: yo exijo y respeto a mi dignidad frente al Estado, grupos y otras personas que poseen igual dignidad (...). Cada persona es un universo que convive con terceros universos, cuya esencia es la misma que la suya misma: la dignidad humana.¹

* El autor agradece al especialista en derechos humanos Jorge Humberto Meza Flores su valioso apoyo en la elaboración del presente trabajo, cuya versión preliminar se presentó en el V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, en la Ciudad de México, el 8 de octubre de 2012.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Jorge Carpizo, “Los derechos humanos: Naturaleza, denominación y características”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 25, julio a diciembre de 2011.

Precisamente, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen uno de los temas de análisis que trascienden los derechos de los individuos e impactan en el bienestar de nuestra sociedad. Se trata del deber del Estado de garantizar las condiciones más básicas que permiten al ser humano vivir y vivir con dignidad. Justamente con ese alcance es que los Estados de América en el texto de la Convención Americana, que creó el sistema de protección internacional a los derechos humanos, reconocieron a tales derechos como un medio para realizar “el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria”.

El propósito de mi intervención es exponer, desde la perspectiva de la Comisión Interamericana, cuáles son las obligaciones específicas que existen para los órganos jurisdiccionales nacionales con respecto a la interpretación de los derechos económicos sociales y culturales, así como la protección internacional de ellos. Lo anterior, al efecto de procurar que los marcos jurídicos nacionales y también las prácticas judiciales sean las adecuadas para garantizar tales derechos.

Como sabemos, los derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos a nivel universal y desarrollados desde 1966 por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.² Sin embargo, en lo que se refiere a nuestro hemisferio, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos consideraron necesario reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger dichos derechos en un instrumento regional, con la finalidad de consolidar, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales.

Con el anterior propósito, a nivel interamericano, el “Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, conocido como “Protocolo de San Salvador”, fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea de la OEA, constituyéndose como el principal instrumento mediante el cual los Estados del hemisferio expresaron su consenso respecto del reconocimiento y la protección a tales derechos. Entre los derechos reconocidos en dicho protocolo se encuentran los derechos al trabajo y condiciones justas de trabajo,

² Cabe mencionar que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Las partes firmantes se comprometen a reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para examinar de comunicaciones de personas o grupos que afirman violación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ver Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU.

así como a la sindicación, la seguridad social, la salud, el medio ambiente sano, la alimentación, la educación y a disfrutar de los beneficios de la cultura.

Si bien el anterior instrumento es el que con mayor especificidad se refiere a tales derechos, habrá que recordar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes desde 1948 ya había reconocido en su texto varios derechos económicos, sociales y culturales, como lo son: el derecho de protección a las mujeres en estado de gravidez o en época de lactancia, así como el derecho a la salud y a la asistencia médica; derecho a la alimentación, el vestido y la vivienda; a la educación en condición de igualdad de oportunidades, y a recibir gratuitamente la educación primaria; participar en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y de los descubrimientos científicos.

Para completar el *corpus iuris* interamericano de protección a derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce específicamente en su artículo 26 el desarrollo progresivo de tales derechos, indicando que los Estados Partes de la Convención se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Conforme al alcance que ha sido precisado por la Corte Interamericana respecto de este derecho “a la progresividad”, el Estado “tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido”. De este derecho, según lo ha desarrollado la propia Corte, se desprende un deber correlativo, de “no regresividad”, el cual se traduce en que los Estados no pueden adoptar medidas injustificadas que impliquen un retroceso en tales derechos.

En resumen, el anterior es el *corpus iuris* interamericano de protección a los derechos económicos, sociales y culturales: la Convención y la Declaración Americanas, y el Protocolo de San Salvador, que en sus textos estable-

cen y reconocen diversas obligaciones y amplios contenidos sobre una gran diversidad de dichos derechos.³

En cuanto a la protección internacional a estos derechos en el ámbito del sistema de peticiones y casos en el sistema interamericano -es decir, de las peticiones que pueden ser conocidas por la Comisión y la Corte-, los Estados de América adoptaron en los textos convencionales un sistema de protección más restringido para los derechos económicos, sociales y culturales que para los derechos civiles y políticos, ya que, tratándose de aquéllos, sólo se pueden presentar peticiones ante la Comisión Interamericana y, eventualmente, ante la Corte por la violación a dos de estos derechos, a saber, los derechos sindicales y el derecho a la educación, protegidos en los artículos 8º y 13, respectivamente, del Protocolo de “San Salvador”. Asimismo, se pueden presentar peticiones por presuntas violaciones al artículo 26 de la Convención Americana, cuyo alcance ya mencionamos y está referido a la “progresividad”.⁴

Todos los demás derechos establecidos en el Protocolo de “San Salvador” se encuentran sujetos a un sistema de presentación de informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin posibilidad de presentar una petición por estos derechos. Cabe señalar, por cierto, que este sistema de presentación de informes periódicos se encuentra siendo desarrollado todavía en el ámbito de la Organización de Estados Americanos a través de un Grupo de Trabajo que tiene como objetivo la elaboración de “pautas y criterios” para el diseño de los informes de acuerdo con un

³ Florentín Meléndez, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, Cuadernos Electrónicos, No. 5 “Derechos Humanos y Democracia”. Disponible en: http://www.portalpio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/5_%20La%20protecci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20sociales%20por%20las%20Defensor%C3%ADas%E2%80%A6.pdf

⁴ Cabe mencionar que cuando este trabajo ya estaba concluido, se publicó el voto razonado del destacado juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac-Gregor a la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, en el cual sostuvo una especie de “justiciabilidad directa” en el sistema de peticiones y casos de todos los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención. Al respecto, el juez Ferrer indicó, en un caso relacionado con la afectación al derecho a la salud, que la Corte, en lugar de analizar las afectaciones en la salud de la Sra. Suárez a través de derecho a la integridad personal, podría haberse analizado directamente el derecho a la salud a través del artículo 26 de la Convención. Al efecto, el juez interamericano indicó que “las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles”. Ver a ese respecto, *Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, 21 de mayo de 2013, párr. 102.

sistema de indicadores de progreso, que infortunadamente, a varios años de existencia del Protocolo, aún se encuentra “en desarrollo”.

Es así que, con excepción de los derechos sindicales y el derecho a la educación, el consenso de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos fue sujetar a los derechos económicos sociales y culturales a una exigibilidad de su “progresividad”, como lo establece el artículo 26 de la Convención, pero no así del derecho en sí mismo.

Quisiera detenerme aquí para desarrollar el punto principal de mi ponencia, consistente en enfatizar que si bien la protección internacional para los derechos económicos, sociales y culturales es acotada en cuanto a la jurisdicción que tienen los órganos del sistema interamericano en el marco del sistema de peticiones y casos, los Estados de la Organización que son parte de la Convención Americana y del Protocolo de “San Salvador” tienen obligaciones específicas que surgen directamente de sus compromisos internacionales asumidos en virtud de dichos tratado, las cuales tienen un efecto directo en sus obligaciones internas y la manera como debe ser el marco jurídico relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, mucho más allá de los dos artículos del Protocolo de San Salvador y el 26 de la Convención, respecto de los cuales tienen jurisdicción la Comisión y la Corte.

Asimismo, dependiendo de que el marco jurídico interno de los Estados sea respetuoso y cumpla con un adecuado reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, será posible a través de diversas vías de argumentación que el cumplimiento de las obligaciones puedan ser del conocimiento de los órganos del sistema interamericano a través del propio sistema de peticiones y casos. De allí que, de alguna manera, en virtud del diseño de las obligaciones internacionales, en algunos extremos, de la consagración nacional de los derechos económicos, sociales y culturales depende la amplitud de la protección internacional que tengan éstos a través de otros derechos convencionales. Me explico.

Veamos primeramente cuáles son las obligaciones que tienen los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales:

Respecto del “Protocolo de San Salvador”, podemos decir que hay cuatro obligaciones generales que subsisten a todos los derechos reconocidos por el tratado:

1. *Obligación de adoptar disposiciones de carácter interno*, traducido en la obligación de adoptar con arreglo a los procedimientos constitucionales procedentes las medidas legislativas o de otro carácter que fueren

necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Protocolo. En este sentido, los Estados deben reconocer en sus marcos jurídicos nacionales todos y cada uno de los derechos reconocidos en el propio Protocolo.

2. *Obligación de no discriminación*, que significa que los Estados deben garantizar los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. *No admisión de restricciones*, obligación de la cual deriva que un Estado no podrá restringir o menoscabar derecho alguno de los reconocidos o vigentes en el propio Estados en virtud de su legislación interna o de otras convenciones internacionales, a pretexto de que el Protocolo no los reconozca o los reconozca en menor grado.
4. *Obligación de progresividad de estos derechos*, obligación a la que ya me he referido y significa que los Estados deben adoptar las medidas necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación con los Estados a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos y la proscripción de la regresividad injustificada.

En suma, en cumplimiento de las cuatro anteriores obligaciones, los Estados deben contar con un marco jurídico que reconozca los derechos económicos, sociales y culturales con, al menos, el contenido establecido en el Protocolo, sin discriminación alguna y sujetándolos a un desarrollo progresivo. Asimismo, ningún Estado puede restringir otros derechos que no estén reconocidos en el Protocolo y que se encuentren reconocidos en su derecho interno. De allí que, con independencia de los medios de supervisión internacional que analizaré más adelante, en conformidad con las reglas básicas del derecho internacional, todos los Estados deben cumplir con estas obligaciones y no pueden argumentar razones de carácter interno para eludirlas.

Por otro lado, en lo que se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como ya lo mencioné, el artículo 26 consagra la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Dicho artículo establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de asegurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. Este derecho encuentra su consagración también en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y ha sido explicado ampliamente por el Comité encargado de la supervisión de dicho tratado.⁵

⁵ Al respecto, dicho Comité señaló que: “La principal obligación del resultado que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente...”

Conforme a la interpretación señalada por el referido Comité, “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”.⁶ Adicionalmente, y refiriéndose a otros derechos consagrados en el PIDESC, dicho Comité estableció la existencia de una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas, así como una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos en cuestión.⁷

Por su parte, la Corte Interamericana ha indicado que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de su creciente cobertura en general sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social.⁸ En palabras

la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23).

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observación general 14: El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud; Observación general 15: El derecho al agua; y Observación general 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

⁸ Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Párr. 147. Citando: U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General No. 3: La índole de las obligacio-*

de don Sergio García Ramírez, en uno de sus votos razonados como juez de la Corte Interamericana, el artículo 26 se traduce en dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus iuris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes.⁹

Por su parte, la Comisión Interamericana ha puntualizado que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles, lo cual implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia, que se traduce en un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, por lo que no cualquier medida regresiva es necesariamente incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana.¹⁰

De todo lo anterior, se colige que la identificación de progresividad como la existencia de una medida de carácter regresivo y si esta es justificada o no, necesariamente supone un escrutinio de la medida presuntamente regresiva y si el Estado ha adoptado medidas para asegurar dicha progresividad. En lo que más interesa aquí y con independencia de la metodología que pudiera ser utilizada, es pertinente señalar que se ha suscitado un debate sobre el reconocimiento del “desarrollo progresivo” como un derecho justiciable en sí mismo y si, por lo tanto, el mismo es susceptible de ser valorado en sede judicial interna.

El excomisionado de la Comisión Interamericana, Víctor Abramovich, ha identificado en sus estudios dos posiciones doctrinarias relacionadas

nes de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9.

⁹ En este mismo sentido se pronuncia en su voto razonado el juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez de la mejor manera, señalando: La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26 -norma imperiosa, no sólo sugerencia política- ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus iuris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes [cfr., Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198].

¹⁰ CIDH, *Admisibilidad y Fondo, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras (Perú)*, 27 de marzo de 2009, párr. 134.

con el reconocimiento de las obligaciones del artículo 26 de la Convención como “justiciables”. Al respecto, Abramovich ha señalado que hay posiciones que históricamente han considerado a esta norma como no operativa, limitándola a una simple expresión de objetivos programáticos, pero no de obligaciones legales vinculantes ni derechos justiciables, a nuevas posiciones doctrinarias que, a partir de un uso extensivo del principio *pro persone* y una inferencia rápida de derechos en el texto de la Carta de la OEA, pretenden convertirla en una varilla mágica para abrir abruptamente la Convención a una suerte de justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹

Este problema también ha sido identificado por el jurista colombiano Rodrigo Uprimny, quien se ha referido a un sector de la doctrina científica que ha considerado que dicha obligación constituye “una categoría de monitoreo que sirve para evaluar la situación general de los derechos sociales para todo un país, pero no un estándar útil para lograr la protección judicial de casos concretos de personas específicas”.¹²

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido algunas pautas de carácter importante. Así, la Corte Interamericana se ha referido a la progresividad como una “obligación” que se encuentra en cabeza de los Estados. Asimismo, tras el análisis de los trabajos preparatorios de la Convención, ha destacado que dicha obligación fue adoptada para “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos económicos, sociales y culturales] mediante la acción de los tribunales”.¹³

En uno de los casos más recientes donde analizó el artículo 26, el caso *Acevedo Buendía y otros*, la Corte puntualizó que:

¹¹ Víctor Abramovich y Julieta Rossi. *La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Fontana-American University-Universidad Iberoamericana, 2004. Publicado también en *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 9 (Número especial), abril de 2007. La cita fue tomada de esta publicación. p. 37.

¹² Ver al respecto Tara Melish. “El litigio supranacional de los Desc: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, en VV.AA. *Derechos económicos, sociales y culturales*. México, Programa de cooperación sobre derechos humanos México comisión europea, 2005, pp 212 y ss. Texto disponible en la red en marzo 2006 en www.pdhumanos.org/libreria/libro6/08_tara.pdf, citado en Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia colombiana*. Disponible en: http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=107

¹³ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Intervención del Delegado del gobierno de Guatemala en el debate sobre el Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Decimocuarta Sesión de la Comisión “I”, pp. 268-269.

La implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.¹⁴

Consecuentemente, en la formulación ofrecida por la Corte a través del concepto de “rendición de cuentas” en el contexto de una obligación de “realización progresiva” parece no mostrar dudas sobre su susceptibilidad de ser controlada y justiciable en sede judicial. En concordancia con esta susceptibilidad de “rendición de cuentas”, en el derecho comparado resulta sencillo identificar tribunales que han realizado un escrutinio de medidas adoptadas por el Estado para verificar si son o no violatorias de la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, por ejemplo, para realizar dicho escrutinio, tribunales como la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-038/04 de 27 de enero de 2004, introdujo criterios específicos respecto de la determinación de una medida regresiva, entre ellos, que en caso de duda una medida debe presumirse regresiva y que para justificar una medida regresiva como constitucional debe comprobarse que no desconozca derechos adquiridos; respete los principios constitucionales referentes a ese derecho social; se encuentre justificada conforme al principio de proporcionalidad, es decir, las autoridades políticas -en particular, el legislador- deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales “fueron cuidadosamente estudiadas y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia”.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires ha hecho uso de un test de proporcionalidad de las medidas realizadas por su Estado que inciden en los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo, en el caso que involucraba un programa de vivienda, “la exigibilidad de un actuar proporcional, en el marco del principio de razonabilidad, por parte de las autoridades ejecutorias del programa y que a la vez se someta a las reglas estipuladas por la legislación vigente, ello es, que se adecue al principio de legalidad de los actos de la administración”.¹⁵

¹⁴ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198. párr. 102.

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires, Sala I, “Morón, Jorge Luis c/GIBAs/amparo (art. 14 CCBA)”, 8 de octubre de 2003 cons, IV:2

Finalmente, en el famoso caso *Grootboom* conocido por la Corte Sudafricana respecto de la violación al derecho a la vivienda adecuada, dicha Corte también consideró necesario examinar la proporcionalidad de las acciones gubernamentales a través de un juicio de proporcionalidad.¹⁶

Con base en lo expuesto, y en virtud del principio de autoaplicabilidad que tienen los tratados de derechos humanos en los órdenes jurídicos internos, desde la perspectiva internacional, “la rendición de cuentas” sobre la obligación de progresividad de los derechos sociales y culturales y la fiscalización de posibles medidas regresivas injustificadas debería incorporarse en el quehacer de los tribunales internos de los diferentes Estados de las Américas.

Recordemos aquí que dicho deber se desprendería de las obligaciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Convención que obligan al Estado a respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención pero, además, a adoptar las medidas de carácter legislativo para reconocerles.

Con lo antes dicho, me permito introducir la idea de que es importante asegurar la posibilidad de que en el marco jurídico interno se reconozca el deber de asegurar la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicha posibilidad puede asegurarse mediante el reconocimiento como tal del derecho al desarrollo progresivo en los marcos constitucionales, pero también mediante la idea de incorporación directa del derecho reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana como un derecho de fuente internacional, que debe ser considerado como integrante del marco jurídico interno y como plenamente justiciable.

La incorporación de un derecho al desarrollo progresivo permitiría dos dimensiones de protección: por un lado, la fiscalización de que las políticas públicas implementadas por el Estado estén dirigidas efectivamente al avan-

¹⁶ Según lo desarrolló dicho Tribunal, “para ser razonables, las medidas no pueden dejar de tener en cuenta el grado y la extensión de la negación del derecho que buscan hacer efectivo. Aquellos cuyas necesidades son más urgentes y cuya capacidad de gozar de todos los derechos corre mayor peligro no pueden ser ignorados por las medidas que buscan alcanzar la realización del derecho. Para la prueba de razonabilidad, puede no ser suficiente que las medidas se muestren capaces de representar un avance estadístico en la efectivización de los derechos. Además, la Constitución exige que todos sean tratados con cuidado y atención. Si las medidas, aunque exitosas en el aspecto estadístico, fallan al responder a las necesidades de los más desesperados, posiblemente no pasen la prueba” (*cf.*, Corte Constitucional Sudafricana, Caso *Grootboom* y otros vs. Gobierno de la República de Sudáfrica (11) BCLR 1169. (CC), Octubre 4 de 2000). Resultan de especial interés las consideraciones realizadas por Vinodh Jaichand, “Estrategias de litigio de interés público para el avance de los derechos humanos en los sistemas domésticos de derecho” en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 1. No. 1, Sao Paolo, 2004.

ce progresivo en la satisfacción de estos derechos y, por otro, cuestionar y eliminar aquellas medidas que conculquen dicho desarrollo.

En cuanto al análisis de progresividad, la Comisión Interamericana, tomando en cuenta los avances alcanzados por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, ha propuesto una metodología para su monitoreo, la cual incluye tanto aspectos cuantitativos como señales cualitativas que se verifican a través del análisis de diversos indicadores, que son básicamente tres:¹⁷

1. *Indicadores de estructura*, que buscan medir qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos. En otros términos, revelan información para evaluar *cómo* se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones.
2. *Indicadores de proceso*, que buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. Estos indicadores ayudan a vigilar directamente la aplicación de las políticas públicas en términos de la realización progresiva de derechos.
3. *Indicadores de resultado*, que buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones del Estado. En cierta manera constituyen un indicio de cómo impactan esas acciones públicas sobre aquellos aspectos que definen el grado de efectividad de un derecho. Así, proveen una medida cuantitativamente comprobable y comparable de la *performance* del Estado en materia de realización progresiva de los derechos.

Por otro lado, en lo que se refiere a la posibilidad de cuestionar alguna medida como regresiva, como se ha señalado, varios Estados han implementado metodologías de análisis en sede judicial sobre la regresividad de las medidas, por ejemplo, a través del juicio de proporcionalidad sobre la medida presuntamente regresiva.

Una vez descritas las obligaciones generales que tienen los Estados conforme al derecho internacional respecto de los derechos económicos, so-

¹⁷ CIDH, *Líneamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 19 de julio de 2008. Véase, UN Doc. HRI/MC/2006/7 del 11 de mayo de 2006, párr. 17; Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, Doc. E/CN.4/2006/48 del 3 de marzo de 2006, párr. 54.

ciales y culturales, me referiré a las vías de argumentación de éstos ante el sistema interamericano, a efecto de señalar el ámbito de protección internacional a estos derechos mediante el sistema de peticiones y casos:

1. *Primera vía, a través de los derechos del Protocolo de San Salvador que expresamente dotan de jurisdicción a la Comisión y a la Corte Interamericanas*

Como lo señalé en un principio, son los derechos sindicales y los derechos a la educación aquellos que pueden ser directamente sometidos a un escrutinio por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas a través de un caso.

2. *Segunda Vía: por conexidad directa con derechos fundamentales, conocidos como derechos civiles y políticos*

Tanto la Comisión como la Corte han relacionado el goce de ciertos derechos tradicionalmente identificados como civiles y políticos, como lo son el derecho a la vida o a la integridad personal, dotándoles de una dimensión positiva, en la cual para su satisfacción resulta esencial que el Estado adopte medidas positivas que se relacionan con condiciones básicas, tales como el suministro de alimentos, agua y vivienda, derechos que propiamente serían clasificados como derechos económicos, sociales y culturales.¹⁸

Precisamente, con relación a la posibilidad de hacer justiciables en el plano internacional derechos tradicionalmente identificados como civiles y políticos, con base en el principio de interdependencia, a través de derechos conocidos como económicos, sociales y culturales, la Corte Europea en el caso *Airey vs. Irlanda* señaló que “no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica”. Sin embargo,

¹⁸ Sobre la obligación de progresividad en el sistema interamericano, *vid.*, Víctor Abramovich, Christian Courtis y M.J. Añón, *Derechos sociales, Instrucciones de Uso*, 3ª reimp, Fontamara, México, 2006, y Christian Courtis, *Ni un paso atrás, la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006. Asimismo, en cuanto a la pertinencia de distinguir entre la obligación de garantizar un contenido mínimo o esencial de los derechos económicos, sociales y culturales, y la obligación de desarrollo de los mismos, *vid.*, Jorge Humberto Meza Flores, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV; núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1127-1170.

Si bien el Convenio [Europeo] recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.¹⁹

Dicha jurisprudencia ha sido acogida por la Corte Interamericana en varios casos donde se analizan aspectos relacionados con el mínimo esencial de derechos económicos, sociales y culturales con prestaciones positivas derivadas de algunos derechos convencionales, tradicionalmente, civiles y políticos, bajo la argumentación de interdependencia. Ejemplo de lo anterior es *el caso de la comunidad indígena Yákie Axa contra Paraguay*, en donde, al referirse a la ausencia de “condiciones mínimas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional” como consecuencia de la falta de adopción de medidas para garantizar el goce de los derechos de la comunidad indígena frente a sus tierras ancestrales, la Corte decidió analizar dichos aspectos bajo la protección que brinda una dimensión positiva del derecho a la vida, reconocido por el artículo 4º de la Convención.

3. *Tercera vía, a través del derecho a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales y el deber correlativo de “no regresividad”, bajo el artículo 26 de la Convención Americana*

A cuyo alcance ya me he referido ampliamente en esta exposición. Sólo a título de ejemplo, basta citar los casos de los *Cinco Pensionistas contra Perú*, y el de *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría)* contra Perú, como ejemplos donde la Corte ha explorado el alcance del artículo 26 de la Convención, sin encontrar en alguno de ellos una violación a tal artículo.

4. *Cuarta vía, a través de otras normas de la Convención Americana que irradian obligaciones en el ámbito interno respecto de derechos no convencionales*

Es decir, obligaciones que están establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos para los Estados y que tienen un efecto en los derechos reconocidos en el ámbito interno, aun cuando estos últimos no es-

¹⁹ ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, para. 26.

tén expresamente reconocidos en la Convención. Por ejemplo, el principio de no discriminación y el principio de tutela judicial efectiva.

En cuanto al principio de no discriminación, como ya lo señalé, por mandato tanto del Protocolo de San Salvador como de la Convención Americana, los Estados tiene la obligación que no realizar diferencias de trato no sólo respecto de los derechos que están reconocidos por la Convención sino también sobre derechos que están en el ámbito interno o en las Constituciones internas.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, los Estados están obligados, conforme al artículo 25 de la Convención Americana, a proveer de un recurso adecuado y efectivo respecto de los derechos que los Estados decidieron incorporar en el ámbito interno, no sólo los que están reconocidos en la Convención.

Es así que, por medio de esta última vía, situaciones relacionadas con derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el Estado y que no están en la Convención ni el Protocolo de “San Salvador”, podrían llegar a ser conocidos a través del sistema de peticiones y casos. Sin embargo, dicha protección internacional que irradia de otros derechos ciertamente es acotada e indirecta y debe procurar un adecuado balance con la competencia contenciosa de la Comisión y la Corte.

Así, entre las posibles estrategias de exigibilidad ante la Comisión por esta vía, cabría enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de derechos civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; invocando el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los referidos derechos.²⁰

En síntesis, a través de estas cuatro vías señaladas, considero que la protección internacional a los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito interamericano permite que los propios derechos económicos, sociales y culturales escapen de expresiones programáticas y se conviertan en fórmulas normativas que determinan el sentido y el contenido de políticas públicas,²¹ pero también, como lo he señalado, de control efectivo sobre su permanente progresividad y no regresividad.

²⁰ *Cfr.*, Víctor Bazán, “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, *Contextos*, Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Núm. 2, 2011, pp. 128-129.

²¹ En este sentido, ver el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en relación con la sentencia de la Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la Contraloría)*, 1 de julio de 2009, párr. 19.

Por otra parte, considero que, como lo desarrollé en la primera parte de esta ponencia, si un Estado incorpora los derechos convencionales en su marco interno, incluyendo el deber de progresividad, y cumple con las obligaciones generales que se han citado en esta exposición, ofrece un adecuado margen de protección para tales derechos, librándolos de la discrecionalidad de las autoridades en su implementación y asegurando su efectiva progresividad, sin dar jamás marcha atrás a fin de salvaguardar la dignidad humana, eje rector, principio toral y valor fundamental de todo Estado constitucional democrático de derecho y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

MÉXICO. HACIA UN NUEVO COMPROMISO CONSTITUCIONAL CON VISOS IBEROAMERICANOS

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE*

SUMARIO: I. *Consideración introductoria.* II. *Breves referencias del origen del Estado constitucional o de derecho; qué es una Constitución, y cuáles son sus elementos en cualquier país de que se trate.* III. *La transición a la democracia o transición jurídica con relación a los países de América Latina.* IV. *Los Preámbulos de algunas de las Constituciones de América Latina o una norma constitucional similar.* V. *La eficacia de una Constitución y la obligatoriedad de la enseñanza de la misma. México. Hacia un nuevo compromiso constitucional con visos iberoamericanos.* VI. *Fuentes de información.*

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

Agradezco la invitación que me ha realizado para participar en este *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, en donde mi comunicación se titula “México. Hacia un nuevo compromiso constitucional con visos iberoamericanos”.

En principio, abordaré brevemente cuál es el origen del Estado constitucional o de derecho; qué es una Constitución, y cuáles son sus elementos en cualquier país de que se trate, entre éstos la participación ciudadana como un derecho humano. En segundo término, y ya en el marco de un Estado constitucional o de derecho, me referiré a la transición a la democracia o transición jurídica con relación a los países de América Latina.

Finalmente, abordaré los Preámbulos de algunas de las Constituciones de América Latina o una norma constitucional similar, así como el tema de la eficacia de las Constituciones Iberoamericanas y el artículo que hace obligatoria la enseñanza de la misma en todo el sistema educativo. En este punto, particularmente respecto de la Constitución de México, observo que

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

es necesario un nuevo compromiso constitucional con visos iberoamericanos y que, me atrevería a afirmar, se está ante la necesidad del denominado “Patriotismo Constitucional”, para vigorizar el compromiso con el Estado constitucional.

II. BREVES REFERENCIAS DEL ORIGEN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL O DE DERECHO; QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN Y CUÁLES SON SUS ELEMENTOS EN CUALQUIER PAÍS DE QUE SE TRATE

En el siglo XI se dio la desaparición de los feudos, los cuales dieron paso al llamado Estado absolutista. En éste el principal fundamento del ejercicio del poder fue que la soberanía se encontraba depositada, subrayo, únicamente en el Rey. Éste tenía todo el poder para imponer todo tipo de leyes, de ahí la expresión o palabras hoy muy utilizadas por algunos políticos, incluso abogados, pero que no es apropiada: “con todo el peso de la ley”. Además, el Rey no estaba sometido a las leyes, por lo que “sólo era responsable ante Dios”. Así, esas son las principales características de un Estado absolutista.

Ya en los siglos XVII y XVIII, como ustedes saben, se visualizan las ideas para dejar atrás el absolutismo y establecer un Estado constitucional. Así surgió el objetivo de determinar cuáles serían los derechos esenciales del hombre –hoy entendido no como hombre ni como individuo, sino como persona–, así como la división del poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En esa época se consideró que los movimientos debían ser intelectuales; sin embargo, se vieron sobrepasados llegando a ser violentos y armados.

Así, durante el siglo XVIII se dan diversas Revoluciones y la emisión de varias Declaraciones; por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica se dio la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776; también en Estados Unidos de Norteamérica se promulgó su Constitución de 1787, y en 1789 se dio a conocer la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Ello dio origen a un nuevo modelo o, en otros términos, al modelo modular denominado como Estado constitucional o Estado de derecho con sus dos elementos que lo caracterizan: un listado muy amplio de derechos de las personas incluidas, y que en muchas ocasiones se olvida, sus obligaciones, así como la división del poder.

Para mí, dicha Declaración Francesa, integrada por tan sólo 17 artículos, es un documento sencillo, concreto, claro y de gran relevancia para el origen del constitucionalismo a nivel mundial, modelo para cualquier país de que se trate y, aunque ya han pasado 224 años de su creación, con no-

ciones y elementos que, en mi opinión, son más actuales que nunca para el constitucionalismo contemporáneo y, por supuesto, latinoamericano. Por ello, me sumo a la opinión de algunos colegas que el constitucionalismo, incluido el latinoamericano, es el mismo al de su origen, es decir, que no existe un nuevo modelo, sino es igual al del siglo XVIII.

Así, con la Declaración Francesa se establecen nuevas reglas jurídico-políticas distintas al modelo absolutista, además de provocar –diría yo que, en cierta forma, pero no del todo en los siglos siguientes al siglo XVIII hasta la fecha– la desaparición y no por completo del Estado absolutista, ya que han prevalecido y prevalecen algunas normas jurídicas, también actitudes personales o, incluso, una cultura que se dice hoy en día constitucional o de derecho, pero que en realidad ésta tiene rasgos o matices absolutistas muy arraigados y que se pueden analizar e identificar; por ejemplo, en el siglo XVIII se consideró que el servidor público es un empleado o sirviente de la sociedad y no su patrón, pero hoy en día en la práctica tenemos que algunos servidores públicos y ciudadanos piensan que es al revés.

Así, y a pesar que dicha Declaración Francesa comprende una diversidad de derechos, es necesario precisar que algunos de éstos o no se han plasmado en las Constituciones vigentes o han sido de reciente incorporación en éstas. Por ejemplo, en el caso de México en 2008 se reformó la Constitución vigente de 1917, que tiene más de 880 reformas, para reconocer después de 219 años el derecho fundamental de presunción de inocencia. Otro caso más, y sólo por citar algunos ejemplos: en 2012, después de 223 años, se reconoció en la Constitución que todos los ciudadanos tenemos el derecho a contribuir personalmente en la formación de la ley y también el derecho a que se consulte a la ciudadanía sobre un tema de trascendencia nacional. Otro ejemplo es el derecho de participación en los asuntos políticos en donde aún en la Constitución no establece explícitamente, como principio, un derecho de esta naturaleza, sino que enumera, en su artículo 35, una serie de “prerrogativas del ciudadano”, entre las cuales se encuentran los que llamamos propiamente derechos políticos, pero el derecho general puede considerarse implícito en éstas y en otras disposiciones constitucionales. A ese respecto, en México, particularmente en el Estado de Guanajuato su Constitución, en el artículo 15, dispone que todo “ciudadano guanajuatense tiene derecho a participar en la vida política del Estado en la forma y términos que señalen las leyes”. Así, el fundamento jurídico del derecho de participación en asuntos políticos reside en la ciudadanía.

En el ámbito regional iberoamericano, de 22 constituciones revisadas, sólo 13 hacen mención al derecho de participación ciudadana o de la ciudadanía; participación popular, del pueblo o de la población, o participación

de la comunidad, de la sociedad o de todos. Incluso, en la Constitución de Panamá se habla del derecho de todo ser humano a participar en la cultura. Por ejemplo, las constituciones de los Estados de Paraguay (1992), Costa Rica (1949), El Salvador (1983) y Uruguay (1967) no contienen una mención expresa este derecho.

En este sentido, en mi opinión el hecho de incorporar derechos, después de siglos, o no incorporarlos, también pueden implicar matices y actitudes absolutistas que aún prevalecen en este siglo XXI.

Por otra parte, en muchas ocasiones los abogados y académicos nos complicamos la existencia y se las complicamos a los demás al definir o explicar qué es una Constitución; sin embargo, de forma sencilla ésta es un “documento”, un “libro” o, incluso, y en palabras de nuestro querido Dr. Jorge Carpizo, un “folleto” o “cuaderno”, y por mi parte añadiría que una Constitución es como un pequeño “libro” que, de forma similar como diversas religiones tienen un libro respecto de su religión, la Constitución es también un libro y hay que leerlo para que día a día se conozca, respete y aplique el modelo del Estado constitucional en el país de que se trate. Por ello, el libro o pequeño libro llamado Constitución es para que se conozcan, reconozcan, garanticen y apliquen cada uno de los derechos, las obligaciones y la división del poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

A ese respecto, en toda Constitución se plasman importantes principios constitucionales como son: el respeto, la justicia, la responsabilidad, la legalidad, la seguridad jurídica, la supremacía constitucional, la división del poder, los principios de igualdad y no discriminación, el pluralismo, la solidaridad, la paz, la dignidad, es decir, los principios, postulados o como una especie de “mandamientos” que no se nos deben olvidar cuando estamos frente a otras personas, ya sean servidores públicos o particulares, y que son necesarios para una sana y buena convivencia con todos los integrantes de la sociedad.

III. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA O TRANSICIÓN JURÍDICA CON RELACIÓN A LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

En un contexto de una serie de transiciones jurídicas, no nos queda la menor duda que el modelo constitucional, en específico la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución de Cádiz de 1812 tuvieron notoria influencia en el constitucionalismo de los países de América Latina. Pero, particularmente para los objetivos de mi intervención, un dato de enorme importancia que, me parece, debemos rescatar fue que la Constitución de Cádiz, en su artículo 368, señala que: “El plan general de enseñanza será uniforme *en todo*

el reino, debiéndose explicar la Constitución... en todas las universidades...". Sin embargo, en mi opinión a pesar de la importancia de esta norma, muchas Constituciones siguieron pero no incorporaron la anterior norma constitucional ni en España ni en América Latina.

Por otra parte, y siguiendo con el contexto de las transiciones jurídicas, a finales de los años 70, principios de los 80, se inició en varios países la llamada transición a la democracia, centrándose la atención en fijar las reglas para elegir a los titulares de los órganos del poder y en la ampliación del catálogo de los derechos humanos o fundamentales que, como vimos con anterioridad, varios de éstos no se habían establecido desde hace más de 200 años y que ya existían precisamente en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La razón de lo anterior puede ser sencilla: cuando se pretende cambiar por completo; por ejemplo, del Estado absolutista al Estado constitucional o de derecho, siempre se retoma algo del pasado, es decir, del Estado absolutista. Así, precisamente en el contexto de la transición a la democracia, con sus varias etapas como señalan O'Donnell y Schmitter, o transición jurídica como lo señalamos en dos obras algunos investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), surgieron nuevas Constituciones o se realizaron innumerables reformas constitucionales como en el caso de la Constitución mexicana. Y, lo más reciente, es la Reforma Política de 9 de agosto de 2012 y la firma del denominado "Pacto por México", por el Presidente Enrique Peña Nieto y los presidentes del Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido Acción Nacional (PAN) y Partido de la Revolución Democrática (PRD) el 2 de diciembre de ese mismo año.

Dicho Pacto es un documento que consta de 95 compromisos con relación a los siguientes temas: una sociedad de derechos y libertades; crecimiento económico, el empleo y la competitividad; seguridad y justicia; transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción, y gobernabilidad democrática. Tiene como antecedente lo que se llamó Reforma del Estado de 2000 y un documento de esa naturaleza es un ejemplo de los vínculos que existen entre las Ciencias Políticas y Sociales con el Derecho, cuya existencia ha generado mayor interés en conocer qué dice y que aplique la Constitución. A ese respecto, la Constitución es una fuente formal del derecho, mientras que el Pacto es una fuente real y material del derecho que se ha convertido en un referente obligado de consulta en diversos temas.

Con relación a lo anterior, en 2013 se habla de la necesidad de otra Reforma Política, por parte de los partidos políticos de oposición al PRI, es decir, el PAN y el PRD, y también el 7 de mayo se firmó un Adéndum al

“Pacto por México”, cuyo contenido es en materia electoral respecto a las elecciones del 7 de julio del mismo año.

Siempre, en la última etapa de una transición identificada como la consolidación de la misma, se requiere, por una parte, que los resultados electorales no se cuestionen y, por la otra, se hace necesaria la reingeniería o rediseño de las instituciones para fortalecer el trabajo que éstas realizan en distintas materias. De tal forma, el mayor problema de esta etapa es cuando no se respetan los resultados electorales, y superado o no teniendo estos problemas la labor de rediseño institucional es menos difícil.

IV. LOS PREÁMBULOS DE ALGUNAS DE LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA O UNA NORMA CONSTITUCIONAL SIMILAR

En el contexto actual, respecto del Derecho Constitucional Iberoamericano, me parece fundamental analizar los Preámbulos de las Constituciones, derivado a que tanto la Constitución de Cádiz de 1812 como la Constitución española vigente de 1978 son modelos para los países de América Latina, y la última cuenta con un Preámbulo y las Constituciones latinoamericanas siguientes a dicha Constitución también tienen uno, y en el caso de México existe una norma similar pero no existe un Preámbulo.

A ese respecto veremos qué es lo que señalan, a grandes rasgos, algunos Preámbulos. Se trata de un asunto complejo que va más allá de la identificación de rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región, sobre todo, porque existen, por un lado, problemas de tipo cultural y, por otro, se presenta la construcción de un derecho constitucional denominado común por medio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1. El Preámbulo de la Constitución de España (1978) señala que es su deseo establecer la justicia, la libertad y la seguridad; promover el bien de todos; consolidar un Estado de Derecho, y proteger a todos en el ejercicio de los derechos humanos.
2. La Constitución de Perú (1993) contiene un Preámbulo pero que, en sí, sólo es una presentación de la Constitución.
3. El Preámbulo de la Constitución de Argentina (1994) menciona sólo los ideales que busca ese país.
4. El Preámbulo de la Constitución de Ecuador (2008) comprende el señalamiento de aspectos históricos del país y sus compromisos.
5. La Constitución de Paraguay (1992) tiene un Preámbulo que menciona los principios.

6. La Constitución de Venezuela (1999) en su Preámbulo señala cuáles son los derechos humanos; los principios; que la Constitución es la norma suprema; que respecto de los derechos humanos existirán el principio de progresividad y la no discriminación; que los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero que la de éstos será mayor mientras amplíen derechos, y que es obligación de toda persona promover y defender los derechos humanos.
7. La Constitución de Guatemala (1985) en su Preámbulo se afirma la primacía de la persona; se reconoce a la familia y al Estado como responsable de la promoción de los derechos humanos, y que existe la decisión de impulsar la plena vigencia de los mismos; que serán nulas las leyes y las disposiciones que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; que ésta se encuentra en la cúspide; que en materia de derechos humanos los tratados tienen preeminencia sobre el derecho interno, y se reconoce la pena de muerte con excepciones.
8. La Constitución de Bolivia (2009) tiene un Preámbulo que aborda ampliamente la historia de ese país, los derechos y los retos.
9. La Constitución de Colombia (1991) cuenta con un Preámbulo que se refiere a asegurar a sus integrantes un amplio catálogo de derechos y su compromiso de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana; que los tratados que reconocen los derechos humanos prevalecen en el orden interno; que todos los miembros de la comunidad nacional, en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, tendrán también responsabilidades; que deben defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica, y establece un listado de autoridades de procuración y administración de justicia, incluidas las fuerzas armadas, a las que les corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos.

En cuanto a México, la Constitución de 1917 vigente no tiene un Preámbulo; sin embargo, a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, existe un artículo similar al de las Constituciones en América Latina. Esto es que con la reforma a su artículo 1 se hace ya un reconocimiento expreso a que los Poderes del Estado, los Poderes en México estarán vinculados a los derechos humanos y a las libertades que reconoce la propia Constitución; que todas las autoridades tienen como obligación prevenir, investigar, sancionar y reparar el daño por violaciones a derechos humanos; incluye ya a los derechos huma-

nos reconocidos en los tratados internacionales como parte de los derechos que gozarán todas las personas y se establece que cualquier interpretación será en beneficio de la persona, y que la Constitución, las leyes y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma serán la ley suprema, esto último con relación al artículo 133 constitucional que no fue reformado. A ese respecto, el 3 de septiembre de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que los derechos humanos tienen límites constitucionales que prevalecen sobre el principio pro persona, por lo que prevaleció el control de constitucionalidad sobre el control de convencionalidad.

Por todo lo anterior, observamos que existe una creciente internacionalización de las Constituciones de América Latina, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos. A ese respecto, conviene mencionar el listado de los países de América Latina que han aceptado expresamente la competencia contenciosa de la Corte IDH, y contra los cuales la propia Corte ya ha emitido sentencia en casos contenciosos: Perú (25); Guatemala (17); Venezuela (16); Colombia (13); Argentina (12); Ecuador (12); Honduras (8); Paraguay (7); México (aceptó competencia 16/12/98) (6); Brasil (5); Chile (5); El Salvador (4); Panamá (4); Bolivia (3); Nicaragua (3); República Dominicana (3); Barbados (2); Costa Rica (2); Haití (2); Trinidad y Tobago (2), y Uruguay (2).

Tanto Venezuela como Trinidad y Tobago han denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Respecto de este último aspecto, se le ha llamado la contrarreforma en donde se ubica también Guatemala, en donde sobresale que el primero y el tercero se ubican como dos países entre los tres con mayores casos en la Corte IDH (en ese rubro está incluido Perú). Mientras que México se encuentra en el lugar 9, pero en donde ya se presenta una tendencia de contrarreforma, y ahí también se están ubicando Ecuador (lugar 7) y Bolivia (lugar 14).

En esta materia, como ustedes saben, las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos; sus criterios son orientadores y la convencionalidad se aplica a casos concretos y en ese ámbito. Por ello, sería conveniente establecer mecanismos jurídicos generales para prevenir, ya que únicamente se atienden presuntas violaciones a los derechos humanos de manera particular, y también se hace necesario un vínculo y colaboración entre las autoridades de procuración y administración de justicia tanto interna como interamericana.

En ese sentido, y en palabras del Dr. Héctor Fix-Zamudio, “el mayor reto de los derechos humanos a escala mundial consiste en desarrollar mecanismos (técnicas de garantía) para hacerlos eficaces”. De ahí que abordemos el siguiente tema.

V. LA EFICACIA DE UNA CONSTITUCIÓN Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA DE LA MISMA. MÉXICO. HACIA UN NUEVO COMPROMISO CONSTITUCIONAL CON VISOS IBEROAMERICANOS

En el contexto actual, respecto del Derecho Constitucional Iberoamericano, también me parece fundamental analizar el subtema de la eficacia de las Constituciones en donde, en mi opinión, se requiere que exista la obligación de enseñarla en todos los niveles educativos, todo ello lo comentaré a manera de diagnóstico proporcionando algunas reflexiones.

El propósito de este rubro es determinar si la configuración constitucional vigente es funcional; esto es, si en América Latina se cumplen con las expectativas de un Estado constitucional. En principio, es necesario tener en cuenta que uno de los problemas, y empleando las palabras que escuché en algunas ocasiones del Dr. Jorge Carpizo, es el relativo a que, cito: “las instituciones funcionan las que no, en todo caso, son las personas”, y, con ello, en mi opinión se merma a las propias instituciones. Aquí también encontramos ciertas frases que algunas veces hemos escuchado como “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, o “La ley de la selva” o la “Ley de Herodes”, o una propia “algunos se les hace fácil actuar por sus propios usos y costumbres que de acuerdo a la Constitución y las demás normas jurídicas”.

En ese sentido, es necesario reflexionar que toda persona habrá de considerar que, aunque no vaya a ser abogado, sus actos y omisiones durante toda su vida sí se rigen por el derecho. A ese respecto, en mi opinión algo que no tomaron en cuenta algunas Constituciones de América Latina y, por supuesto, tampoco México, y que me parece relevante es, como lo mencionamos líneas arriba, que la Constitución de Cádiz de 1812 en su artículo 368 señala que: “El plan general de enseñanza será uniforme *en todo el reino, debiéndose explicar la Constitución... en todas las universidades...*”.

Bajo este contexto, ahora analicemos este rubro respecto de algunas Constituciones de América Latina y de acuerdo, en mi opinión, a las que son un poco más absolutistas o tienen ese matiz hasta las más cercanas al Estado constitucional y, para ello, se hace necesario abordar el tema de la enseñanza de la Constitución en todos los niveles educativos:

1. La Constitución de Venezuela hace referencia a que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad.
2. La Constitución de Paraguay menciona que toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente. Sus fines, entre otros,

son el desarrollo pleno de la personalidad humana y el respeto a los derechos humanos.

3. La Constitución de México señala que la “educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”. Asimismo, está enfocada a evitar las servidumbres, los fanatismos, la ignorancia y los prejuicios.
4. La Constitución de Ecuador señala que la educación se centrará en el ser humano y en el marco del respeto a los derechos humanos, entre otros. Añade que la educación es indispensable en el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país.
5. La Constitución de Bolivia afirma que la educación fomentará el civismo, la vigencia plena de los derechos humanos, entre otros. Sobresale de esta Constitución que en ella se resalta que son deberes conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y leyes, y conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la misma.

A ese respecto, ya sobresalen las siguientes Constituciones:

6. La Constitución de Guatemala menciona que la educación tiene como fin primordial, entre otros, el desarrollo integral de la persona humana; el conocimiento de la realidad y cultura nacional y universal, y que es de interés nacional la educación, la instrucción, la formación social y, añade, la enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos. Asimismo, en un artículo transitorio afirma que son derechos y deberes de los guatemaltecos, además de los establecidos en la Constitución y leyes, cumplir y velar porque se cumpla la Constitución, y que sólo en un año de vigencia de la Constitución ésta será ampliamente divulgada en diversas lenguas.
7. La Constitución de Perú señala que la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar; que los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural, y que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.
8. Y, particularmente, la Constitución de Colombia es la que más destaca al señalar expresamente en su artículo 41 que en todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la instrucción cívica; que se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de

la participación ciudadana; que el Estado divulgará la Constitución, y, además, establece muy claros e importantes fines u objetivos de la educación respecto de la formación de las personas en Colombia.

En este sentido, mi reflexión se centra en que si una Constitución se conoce, se respeta y se aplica entonces se permite predecir con elevado nivel de certidumbre cómo actuarán las autoridades o no y las personas en general.

Una Constitución, al ser un libro que reconoce los derechos, y establece las obligaciones y la división del poder, todos la debiésemos conocer (niños, niñas, jóvenes, servidores públicos, etcétera), respetarla y aplicarla para hacer de ésta “la religión del Estado constitucional” o como se empezó a llamar en los países europeos: Patriotismo constitucional, que abordaré más adelante.

A ese respecto, el Dr. Jorge Carpizo, como Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, participó activamente en la creación del Museo de las Constituciones de la UNAM, cuya tarea es la de difundir a toda la población los valores y principios éticos laicos de nuestras instituciones para fortalecerlos y divulgar la historia constitucional de México.

También en esa época, tanto el Dr. Carpizo como otras personas, coincidimos en que era necesario difundir más y cada día más el conocimiento de la Constitución, esto para fortalecer una cultura constitucional en México y en América Latina, incluso se tuvo la idea de reformar la Constitución para hacer obligatorio su conocimiento en todos los niveles educativos para generar un mayor conocimiento, respeto y aplicación de la misma.

De tal forma, publicamos *La Constitución comentada para niñas, niños y jóvenes... y para todos* primero por la UNAM, y luego por la UNAM y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

En ese sentido, el mayor reto de una Constitución consiste en desarrollar mecanismos (técnicas de garantía) para hacerla eficaz. Así, parece ser necesario establecer el llamado Patriotismo Constitucional, esto es, y partiendo a que el término patria se refiere a la tierra natal o adoptiva ordenada como Nación a la que se sienten ligadas las personas por vínculos jurídicos, afectivos e históricos, el Patriotismo Constitucional hace referencia a que todas las personas hagamos nuestros los principios de Constitución, no de forma abstracta, sino real. A ese respecto, y en el caso de México, de 120 millones de habitantes que somos en total el 27.7 % de la población no conoce “nada” la Constitución; el 65.1 % sólo “poco”, y “mucho” el 3.6 %. Así la pregunta es ¿cómo se logra que todas las personas hagamos

nuestros los principios de Constitución de forma real? Mis propuestas son las siguientes:

1. Es necesario incluir el derecho de participación ciudadana en todos los textos constitucionales latinoamericanos, ya que de 22 constituciones revisadas, sólo 13 hacen mención a dicho derecho de participación o de la ciudadanía, participación popular, del pueblo o de la población, o participación de la comunidad, de la sociedad o de todos.
2. Es necesario incorporar en toda Constitución que en todos los niveles educativos será obligatorio el estudio de la Constitución. Todo país requiere de Patriotismo Constitucional y de muchos, pero muchos, constitucionalistas sean o no abogados. A ese respecto, y en el caso de México, un avance es que en el “Pacto por México” se señala como compromiso número 31 “incluir la enseñanza sobre derechos humanos en la educación básica y media. Se reformarán los planes de estudio de educación básica para fomentar en los niños y jóvenes valores y conductas respetuosos de los derechos humanos”.
3. Quien se dedica o se va a dedicar al servicio público es necesario que tome cursos de Derecho Constitucional, en donde se aborde la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de tan sólo 17 artículos concretos y completos, y los derechos humanos, las obligaciones y la división del poder señalados en la Constitución del país de que se trate.
4. Es necesario iniciar o crear una Cruzada Nacional en todos medios de comunicación para el conocimiento de la Constitución.
5. Asimismo, dentro de la familia es conveniente promover los derechos y las obligaciones de todos los integrantes de la misma y aplicarlos en el entorno social.
6. También en el caso de México es pertinente crear un Preámbulo para nuestra Constitución que contenga los valores de la sociedad mexicana; por ejemplo, el respeto, la honestidad, la honradez, la verdad, la pluralidad, la justicia, la igualdad, esto sería como una especie de pequeña Constitución en unas cuantas palabras concretas y precisas para crear un sentido de pertenencia a la misma.
7. Necesario también que los legisladores sean más concretos en la creación de las normas jurídicas, incluyendo las reformas a la Constitución, porque éstas van dirigidas a toda la sociedad.
8. Las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) son necesarias: que cuando se utilicen y empleen se haga uso del método

enseñanza-enseñanza-aprendizaje, y crear Plataformas virtuales sobre cursos de Derecho Constitucional para todas las personas sean o no abogados.

9. Necesario en México continuar con las reformas estructurales, ya que nos encontramos en la última etapa de la transición a la democracia que es la consolidación que, de no seguir con las mismas, en mi opinión, habrá una nueva Constitución como la ha habido en varios países iberoamericanos.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- BESTEIRO, Julián, “Patriotismo Constitucional, de Jurgen Habermas”, *Contra Corriente Boletín de la Asociación Cívica y Social*, viernes, 10 de abril de 2009, <http://socialdemocracia-info.blogspot.mx/2009/04/patriotismo-constitucional-de-jurgen.html>, consultada el 17 de julio de 2013.
- CARPISO, Jorge, “El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones”, en Figueroa Bello, Aída (coord.), *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinaria*, México, IJ-UNAM, 2012, en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3079/3.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- CARPISO, Jorge, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/13.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- Constitución Política de la Monarquía Española, en línea en <http://lyncis.tic.unam.mx/harvest/cgi-bin/DUBLANYLOZANO/muestraXML.cgi?var1=1-0096.xml&var2=1>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- COSSÍO, José Ramón y RAIGOSA, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional”, en *Revista El País*, marzo, 1996.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Valores constitucionales y derecho*, Madrid, Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas núm. 45, 2009.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., IJ-UNAM, 2006, pp. 33-35, en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2195/5.pdf>, consultada el 28 de mayo de 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1988.

- GONZÁLEZ, María del Refugio y Sergio LÓPEZ AYLLÓN (editores), *Transiciones y diseños institucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999 (Reimpresión, 2000), <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/45/tc.pdf>, consultada el 17 de julio de 2013.
- HERVADA, Javier y José M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978.
- <http://aulavirtualdf.blogspot.mx/p/exposicion-de-motivos-de-la-reforma.html>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/rb/rb16.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- <http://www.dgi.unam.mx/rector/html/set10ago11.htm>, consultada el 11 de agosto de 2011.
- <http://info4.juridicas.unam.mx/jusbiblio/>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/16c855c4b13afeec6da6770cab4d115e>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/encuestaconstitucion/pdf/encuestaconstitucion8.pdf>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- <http://www.cndh.org.mx/node/52>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- <http://www.museodelasconstituciones.unam.mx/Museo/downloads/page23/page16.html>, consultada el 16 de agosto de 2012.
- MILENIO, “Familiares divulgan carta que preparó Jorge Carpizo”, publicada el 11 de abril de 2012 en Milenio, en línea en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/16c855c4b13afeec6da6770cab4d115e>, consultada el 20 de agosto de 2012.
- Museo de las Constituciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, *La Constitución Comentada para niñas, niños y jóvenes... y para todos*, Fascículo 1; Fascículo 2, y Fascículo 3, Museo de las Constituciones de la UNAM, México, 2012.
- O'DONNELL, Guillermo y Phillippe SCHMITTER (coords.), *Transiciones desde un gobierno autoritario. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Paidós, Buenos Aires, 1988.
- Pacto por México*, <http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>, consultada el 17 de julio de 2013.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, entrevista sobre *La mayor herencia de Carpio radica en su obra*, realizada por Denise Maerker, Radio Fórmula, México, 2 de abril de 2012, <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=235185>

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “La reinterpretación constitucional del fuero de guerra o militar en el marco del Estado democrático”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 25, julio-diciembre de 2011, pp. 151-199, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard6.pdf>, consultada el 20 de agosto de 2012.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “Notas actuales sobre el Derecho Parlamentario en los sistemas de gobierno de asamblea, parlamentario, presidencial y el semipresidencial o semiparlamentario”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México* de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, tomo LXI, número 255, México, enero-junio, 2011.

Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e IFE, México, mayo de 2011, <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/encuestaconstitucion/pdf/encuestaconstitucion8.pdf>, consultada el 17 de julio de 2013.

PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN RESPONSABLE

Laura Eugenia RODARTE LEDEZMA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad de expresión*. III. *Diferencia entre información y opinión pública*. IV. *Principios rectores del periodismo de investigación*. V. *El ejercicio de la libertad de expresión*. VI. *Libertad de de expresión*. VII. *Construcción de una democracia*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 6o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

El precepto contiene el derecho de libertad de expresión.

De ahí que, resulta indiscutible el reconocimiento constitucional del derecho pero, sin desconocimiento de los límites que su ejercicio conlleva, sin otorgarle mayor jerarquía respecto de otros y sin reconocerlo como un derecho absoluto.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Para el ser humano resulta indispensable transmitir o comunicar aquellos pensamientos, ideas y conceptos de los que fue dotado.

* Licenciada en Derecho por la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Asistente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

John Stuart Mill, escribió en su obra *Sobre la libertad*: “En el gobierno, una perfecta libertad de expresión en todas sus modalidades –hablar, escribir, imprimir–, tanto en la ley como en la práctica, es el primer requisito; pues esa es la condición principal para que haya inteligencia popular y progreso mental. Todo lo demás es secundario”.¹

Al constituirse la libertad de expresión como un derecho indispensable para el desarrollo y progreso de las sociedades, permite la existencia de restricciones que tiendan a proteger derechos de terceros, la moral, seguridad nacional, orden público y el respeto a la dignidad humana.

Ernesto Villanueva señala que la libertad de expresión ha sido uno de los derechos fundamentales del hombre porque es la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del hombre en sociedad.²

III. DIFERENCIA ENTRE INFORMACIÓN Y OPINIÓN PÚBLICA

1. *Opinión pública*

Price Vicent dice que existen procesos de formación de la opinión pública enfocados a diversos aspectos de la vida colectiva, entendiendo en síntesis por opinión pública “una suma de opiniones o percepciones individuales sobre un tema que se encuentra en la agenda mediática de la discusión y puede afectar, de una manera u otra, a los ciudadanos”.³

Jürgen Habermas señala que opinión pública significa cosas distintas según se contemple como una instancia crítica en relación a la notoriedad pública normativamente lícitada del ejercicio del poder político y social, o como una instancia receptiva en relación a la notoriedad pública, “representativa” o manipulativamente divulgada, de personas o instituciones, de bienes de consumo y de programas.⁴

Considero que la opinión pública es la expresión de la voluntad común en una sociedad que permite fortalecer el ejercicio de la democracia y ejer-

¹ Véase Rojas Castell, Irma, “Libertad de expresión”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas et al., 2010, t. II, p. 184.

² Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, p. 23.

³ Rojas Castell, Irma, *op. cit.*, p. 256.

⁴ Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. Antoni Domènech y Rafael Grasa, Barcelona, GG MassMedia, 1981, p. 261.

cer un control hacia el Estado. Es un “parecer” respecto de los problemas colectivos que afectan el bien común.

Al ser ésta una opinión generalizada, puede considerársele frágil y en ocasiones con falta de fundamento, al ser esta una opinión generalizada, de ahí la importancia de que la información que recibe la sociedad sea veraz, considerando a esta última como una condición indispensable en la formación de opinión pública objetiva.

En México, la radio y la televisión como principales medios de comunicación, se constituyen como instrumentos torales en la formación de la opinión pública. La Estadística sobre disponibilidad y uso de tecnologías de información y comunicaciones en los hogares 2012, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), señala que el 94.9% de los hogares consultados cuenta con televisión⁵; además de conocer la disponibilidad a la tecnología proporciona un margen de apreciación de cómo la sociedad se allega de información.

Además, Parametría en el estudio nacional sindicado que realizó para conocer las principales fuentes de información de los mexicanos señala que el 75% de la población mexicana conoce la problemática del país a través de la televisión. Los periódicos y la radio se consideran una segunda fuente de información y, sólo uno de cada diez mediante el internet. Aunado a lo anterior señala que al 67% de los individuos la televisión les genera confianza.⁶

Del análisis de lo anterior, se deduce que la televisión como principal medio de comunicación a través de la confianza obtenida genera una influencia en la población que puede incidir de manera importante en la toma de decisiones de los individuos relativas a problemáticas sociales “relevantes”.

Lo anterior me permite señalar que: a) la formación de una opinión pública fuerte ejerce determinado control hacia el Estado; b) se considera a los medios de comunicación como un poder fáctico; y, c) en este sentido, se considera a la información un condicionante del comportamiento, es decir, de persuasión.

Desde mi punto de vista, se requiere la formación de una opinión pública sólida que conlleve a la creación de una sociedad más crítica de su en-

⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadística sobre disponibilidad y uso de tecnología de información y comunicaciones en los hogares 2012*, INEGI, México, 2013, p. 9. Referente a este punto, la Unión Internacional de Telecomunicaciones señala que el 82.5% de los hogares en México en 2010 cuentan con radio y el 94.7% en 2011 con televisión, sobre este punto véase Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU), “Indicadores clave sobre acceso y uso de las TIC por los hogares y los individuos”, disponible en <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>.

⁶ Parametría, “Los medios de comunicación en México: Televisoras y Conductores”, disponible en http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4088.

torno social, que analice y participe en las decisiones del Estado de manera activa, que observe el actuar de las autoridades y solicite de manera continua una rendición de cuentas.

2. Información

La Real Academia Española señala que información es la “comunicación o adquisición de conocimientos que permite ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”.

Por otro lado, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en su artículo 3o, fracción V señala que información se entiende como “la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título”.⁷

Ahora, la importancia de la información, radica en su transmisión pues permite al individuo darle forma y sentido a las posibles alternativas y a través de esto lograr el desarrollo del conocimiento. Es decir, otorga mayores posibilidades para dar solución a los problemas existentes en una sociedad democrática, además proporciona conocimiento que justifica el actuar frente a argumentos opuestos y propicia que el individuo acumule información que servirá de base para corregir sus propios errores.

A. Información reservada

Salvador O. Nava Gomar señala que es el resguardo de determinada información que por su carácter no debe ser del conocimiento de la sociedad. Ello ocurre en dos vertientes o clases de información: aquella que tiene que ver con los datos personales, y aquella otra cuya divulgación pueda comprometer la existencia de un bien jurídico superior, como la estabilidad estatal, secretos que puedan otorgar ventaja indebida a un tercero y la así considerada por normas (leyes) específicas.⁸

La información reservada como necesidad constituye un elemento importante en la estabilidad del Estado, su revelación perjudicaría gravemente

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/lf/Reformas.aspx?IdLey=24956>.

⁸ Salvador O. Nava Gomar, “Información reservada”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *op. cit.*, p. 62.

la seguridad del mismo, considerándola una excepción a la regla de máxima publicidad.

La información reservada no debe constituir un monopolio de la información por parte del Estado, sino que atañe únicamente a aquella información que, como lo mencioné en el párrafo que antecede, su revelación perjudicaría gravemente la seguridad nacional o, inclusive, la del individuo a través de la revelación de sus datos personales, aún frente al Estado.⁹

La reserva de la información cuando se trata de violaciones graves a los derechos humanos no es susceptible de invocación, pues el interés en mantener la información en reserva se ve superado por el interés de la sociedad en conocer las acciones que el Estado ha tomado al investigar, juzgar y sancionar a los responsables. Constituye en este sentido una forma de control institucional en la investigación de los hechos que han constituido violaciones graves a los derechos humanos.

⁹ La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental señala: “Artículo 3. ...XII. Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional;...”. “Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda: I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; II. Menoscar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano; III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.” “Artículo 14. También se considerará como información reservada: I. La que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal; III. Las averiguaciones previas; IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada. Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV de este Artículo, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga. No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad.” Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Normativa nacional e internacional*, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/lf/Reformas.aspx?IdLey=24956>.

B. *Información confidencial*

Información confidencial no es únicamente aquella que se encuentra relacionada con la protección de diversos derechos de carácter público, sino también carácter institucional o técnica atinente al derecho privado, relativa a objetos o al desarrollo de cierta actividad; por ejemplo: inventos, descubrimientos, métodos, creaciones industriales.¹⁰

La información confidencial guarda una estrecha relación con el derecho a la intimidad, la vida privada y el honor.

IV. PRINCIPIOS RECTORES DEL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN

1. *Veracidad de la información*

El derecho a la información veraz no es sólo un derecho natural sino un principio reconocido internacionalmente y por ello todos los ciudadanos deberían tener acceso a ella.¹¹

El derecho a recibir información veraz considerado como un derecho básico y una condición indispensable para la formación de la opinión pública y una conciencia social que se construye a través de la reflexión, es decir, a través de la aceptabilidad racional.

Este principio constituye la base deontológica de la ética del periodista. La sociedad se forma una opinión a partir de la información de que se allega.

Según Lippman “los medios son los creadores de la opinión pública”. La información debe ser responsable y responder siempre a la verdad. La sociedad demanda información verdadera, rigurosa, objetiva y bien elaborada.¹²

Ahora, la veracidad de la información radica en que se hayan agotado todas las fuentes de información a que se pudiera tener acceso, es decir, esta no va dirigida a que el contenido de la información proporcionada sea de

¹⁰ Cfr. Acuña, Francisco, “Información confidencial”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *op. cit.*, pp. 37-38, donde realiza un catálogo enunciativo sobre lo que debe entenderse como información confidencial.

¹¹ Díaz, Vanessa, “Veracidad informativa”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *op. cit.*, p. 781.

¹² *Ibidem* p. 782.

una total exactitud. En este caso, lo que se forma es una máxima aceptable como verdad y con ello se evita crear una desinformación generalizada.

Los periodistas y los medios de comunicación en su calidad de orientadores de la opinión pública, tienen la obligación de proporcionar a las personas información veraz, oportuna y, en su caso permanente sobre acontecimientos de interés social; ya que a través de esta son capaces de formarse una opinión. Resulta importante destacar el deber que los periodistas tienen para aprender a diferenciar entre información y opinión, no es lo mismo realizar una narración de hechos a emitir juicios de valor realizando conjeturas respecto de los mismos.

Códigos deontológicos como el de España y Venezuela tienen como objetivo principal el respeto a la verdad, es decir, que el periodista en su actuar cumpla con el deber de proporcionar información veraz a la sociedad.

Al ser público el ejercicio del periodista y al emitir éste información carente de veracidad se encuentra obligado a responder a los individuos y a la sociedad, pues son éstos los que se constituyen como los legítimos titulares del derecho a la información.

2. *Objetividad informativa*

Aún nos encontramos en una etapa donde la información se convierte en un control de opinión pública, ejercido a través de los medios de comunicación, principalmente, por la información que proporcionan, lo que conlleva a la existencia de una sociedad desinformada; especialmente en el caso de aquellas personas cuyos principales medios de información son la radio y televisión.

Antonio y María Cecilia Piccato Rodríguez señalan que

la objetividad informativa supone la capacidad de reproducir o más propiamente dicho, reflejar el contenido de la información (el hecho o acontecimiento que se narra o describe, el conjunto de datos que se pretende transmitir); implica la maximización de la independencia del emisor de la información con respecto incluso a sus propias apreciaciones subjetivas.¹³

Una sociedad bien informada, logra establecer un Estado constitucional democrático. La objetividad de la información se constituye como un derecho público subjetivo, al amparar derechos de terceros que han sido

¹³ Véase Piccato Rodríguez, Antonio *et al.*, “Objetividad informativa”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *op. cit.*, p. 251.

afectados por el contenido de información publicada en diversos medios. Transmitiendo información veraz se logra estar en aptitud de publicar información objetiva, evitando con ello, según sea el caso, transgredir derechos de terceros.

De lo anterior se colige que un límite al ejercicio de la libertad de expresión se encuentra en los derechos de terceros ya que estos pueden acudir ante la autoridad a reclamar su rectificación por la publicación de información inexacta o ejercer el derecho de respuesta por considerar que la información afecta su honor o reputación por la publicación de información agravante.

Sin embargo, obsérvese que no existe medio alguno para acudir ante la autoridad cuando la información que transmiten los medios de comunicación carece de veracidad, esto con independencia de lo que se entiende como ataque a la moral, derechos de terceros (honor e intimidad), es decir, cuando un periodista a pesar de que tiene conocimiento de la existencia de otras fuentes de información confiables y accesibles y no acude a ellas, ya sea por flojera, porque tiene que transmitir una noticia “rápido”, etc., transmite la noticia —supongamos que es una noticia relevante en el ámbito social, con consecuencias importantes— por televisión, un individuo la ve y advierte que es una falsa noticia ¿qué es lo que puede hacer? ¿Tiene derecho de acudir con la autoridad y hacer mención de lo anterior o sólo debe cambiar de canal? ¿Podemos considerar lo anterior como una perturbación al orden público? o ¿Qué es lo que sucede? Tal vez, no suceda nada, pues estamos tan arraigados a considerar que la información que transmiten las grandes empresas es veraz.

Al respecto, el artículo 6o constitucional señala “El derecho a la información será garantizado por el Estado”, se entiende en dos sentidos: a) en que el Estado debe proporcionar información gubernamental y b) tiene la obligación de observar y crear lineamientos para el ejercicio de la libertad de expresión de los diversos medios de comunicación; pues son éstos los que transmiten información que incide en la formación de la opinión y conciencia de los individuos que tienen acceso a ellos.

Aunque la objetividad y veracidad son propias del ámbito ético del periodista, se encuentran estrechamente vinculadas con la libertad de expresión y el derecho a la información del ciudadano. En consecuencia, al recibir el individuo información falsa y carente de objetividad, la conclusión de su razonamiento resulta errónea.

La información que el individuo recibe al ejercer su derecho a la información y, no únicamente respecto del Estado, en mi opinión debe tener las siguientes características: ser veraz, objetiva, clara, precisa, carente de

manipulación y que no se haya condicionado a los intereses de un grupo de personas.

Al emitir información objetiva, me refiero a aquella basada en hechos, pues recuérdese que al ejercer el derecho de libertad de expresión no sólo se transmiten hechos, sino opiniones, ideas y pensamientos, cuestiones estas últimas que por su naturaleza, no son susceptibles de comprobación.

¿Qué acciones puede ejercer el individuo frente a la autoridad información carente de objetividad que transmiten los diversos medios de comunicación de manera continua y poco escrupulosa que atiende únicamente a los intereses de un grupo de personas? Todo medio de comunicación debe estar obligado a emitir información objetiva a la colectividad, ésta constituiría una forma para que los individuos ante instancias judiciales hagan valer su derecho a “recibir información objetiva” ante los intereses y políticas que, en su caso, existen en los medios de comunicación.

En la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en octubre de 2000, en el señala que la actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún momento pueden ser impuestas por los Estados y que condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión observa una obligación para el Estado pero, también para quienes ejercen la actividad periodística, por un lado una obligación de no hacer y por el otro la obligación de regirse por conductas éticas.¹⁴

Además, la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) han señalado que el ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con respeto por los demás derechos; y que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de responsabilidades ulteriores necesarias.¹⁵

¹⁴ En México, el Instituto Mexicano de la Radio (IMER) y diversos periódicos como *El Universal* y *La Crónica*, ha adoptado códigos de ética. En 1994 se publicó por primera vez en el periódico *Excélsior* un Código de Ética para los Medios Mexicanos, al respecto Raúl Trejo Delarbre señala “Se trata de una propuesta que recoge preocupaciones de documentos similares de otros países y que contempla previsiones tanto para los medios impresos como para los de carácter electrónico, atendiendo a problemas específicos del manejo de la información y de la relación entre medios y poder en México”, disponible en <http://raultrejo.tripod.com/Mediosensayos/Codigoetica.htm>.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Eduardo Kímel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177.

El Estado no puede imponer un sistema de control a la libertad de expresión, arguyendo violaciones a la veracidad y objetividad de la información que la sociedad recibe, sin embargo, los medios de comunicación están obligados a regirse por conductas éticas.

3. *La información como bien social*

Las características que he mencionado anteriormente, son principios indispensables para que el individuo realice su propio juicio en relación a un tema o asunto específico, a través de la información de la que se allegó.

No se debe ver a la información como una mercancía sino como un “bien social”. Cuando a través del ejercicio de la libertad de expresión se proporcionan elementos para el desarrollo social, no se constituye como una mercancía que se encuentra a la venta del mejor postor, sino como un medio de informar a las personas en relación a temas actuales y de su interés que, proporcionan un bien social o los medios para acceder a él.

V. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Se debe partir del punto de que la libertad de expresión no es un derecho absoluto.

El ejercicio de la libertad de expresión no debe tener límite anticipado alguno, tal como lo establece el artículo 7o. constitucional que señala “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública...”¹⁶ Es indudable la relación existente entre los artículos 6o. y 7o. constitucionales y aunque el ejercicio de la libertad de expresión en principio no debe ser obstaculizado “previa censura” como lo señala el texto constitucional, existen límites señalados a este supuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que son aquellos que se establecen a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en http://www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Paginas/titulo_primer.aspx.

El ejercicio periodístico, debe regirse por pautas¹⁷ como veracidad, objetividad y responsabilidad, cuestiones que desde mi punto de vista no contrarían el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al contrario, contribuye a que tal como lo señala la Constitución no se violenten derechos de terceros, se provoque algún delito o se perturbe el orden público.

Por lo que la interpretación de “previa censura”, en el ejercicio del periodismo de investigación conforme a instrumentos internacionales debe ser en el sentido anterior, es decir, cuyo único límite es la protección moral de la infancia y la adolescencia. De igual forma debería operar el supuesto de emisión de información que se sabe que carece de veracidad. Por ejemplo cuando los medios de comunicación emiten información que saben es falsa o es una invención que transmiten por no tener otra, será mejor no emitirla y en estos casos señalarla como un límite anticipado al ejercicio de la libertad de expresión¹⁸, pues los medios de comunicación al conformarse como principales instrumentos de la formación de opinión en un Estado constitucional democrático, dejan al individuo en una situación de vulnerabilidad, pues no tendría mayor información y criterio de apreciación que su desinformación provocada por información falsa.

Será mejor que los medios de comunicación se alleguen de información veraz, es decir, cuya aceptabilidad para su transmisión puede considerarse adecuada, evitando comportamientos negligentes con la emisión de simples rumores e invenciones.

Los límites a la libertad de expresión en ningún momento contraría su finalidad, al contrario, su ejercicio se convierte en un periodismo de investigación responsable cuyo principal objetivo será la protección de la dignidad humana, a través de la transmisión de hechos e información veraz, que contribuirá a crear un Estado constitucional democrático.

Debe tenerse en cuenta que la protección del derecho conlleva a la prohibición de determinadas informaciones, no se puede hablar de un periodismo de investigación que connote falta de veracidad, es decir, sea una falsa noticia. La prohibición de publicar la falsa noticia no es contraria al ejercicio del derecho de la libertad de expresión.

¹⁷ Entendidas como el instrumento o norma que sirve para gobernarse en la ejecución de algo.

¹⁸ Limitación que estaría señalada por los propios medios de comunicación, pues como lo señalé anteriormente, la Declaración de Principio sobre Libertad de Expresión, emitida por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en octubre de 2000, en su artículo 6o señala que “La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados”, la palabra ‘debe’ establece una obligación respecto del ejercicio periodístico; restricción que por otro lado estaría justificada con la operatividad y eficacia del ejercicio del derecho.

La libertad de expresión ejercida de manera dolosa perjudica el ejercicio de otros derechos como los sociales, de participación política y el derecho a la información.

La exigencia de que la libertad de expresión se ejerza con veracidad conlleva a que la influencia de los medios de comunicación en la democracia, educación, cultura, manera de vivir y de pensar de las personas se construya con responsabilidad, objetividad y respeto a otros derechos humanos.¹⁹

Los medios de comunicación y periodistas deben ser instrumentos de formación de opinión social objetiva. Considero, con independencia de la relación entre este derecho y el derecho al trabajo, establecido en el artículo 5o constitucional, la finalidad principal en el ejercicio de la libertad de expresión no es la de obtener poder o dinero.

1. *Censura*

Entre las formas más radicales, violentas y efectivas, se encuentran la tortura, el secuestro, la desaparición y el asesinato de periodistas.²⁰

Aunado a lo anterior, la impunidad existente, la falta de investigación y justicia por parte del Estado, conllevan a que el ejercicio de este derecho resulte en ocasiones peligroso.²¹ Los Estados son responsables no solo por acción, sino también por omisión.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha señalado que la impunidad debe entenderse como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.²²

¹⁹ Cfr. Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 247 y 255.

²⁰ Véase Reporteros sin fronteras. Por la libertad de información, “Una periodista obligada al exilio atestigua las fallas en la protección de periodistas”, lunes 27 de mayo de 2013, disponible en <http://es.rsfs.org/mexico-una-periodista-obligada-al-exilio-27-05-2013,44683.html> y Organización de los Estados Americanos, “Comunicado de prensa R53/13. Relatoría especial condena asesinato de periodista en México”, 22 de julio de 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=930&IID=2>.

²¹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Misión México*, A/HRC/17/27/Add.3, ONU, 19 de mayo de 2011. Donde la ONU señala diversos asesinatos de periodistas que desde 1988 en México aún permanecen impunes.

²² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA y CIDH, 25 de febrero de 2009, p. 16.

La eficacia de la normativa existente radica principalmente en su aplicación, en el caso de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, puede considerarse en relación a su efectividad como deficiente.

El Estado debe garantizar la protección de toda persona que ejerce este derecho, su ejercicio no debe implicar riesgo alguno, lo que conlleva en algunos casos a la falta de investigación por parte de los periodistas para salvaguardar su vida, provocando autocensura.

El accionar pronto y oportuno del Estado en la investigación y sanción de los responsables proporcionaría mayor seguridad para quienes ejercen de manera constante el ejercicio del derecho de la libre expresión.

Además, para prevenir violaciones al ejercicio de la libertad de expresión, el Estado debe asegurar un proceso judicial eficaz, serio e imparcial, basado en el Estado de derecho, a fin de combatir la impunidad de quienes perpetran ataques contra la libertad de expresión y, de ser el caso, indemnizar a las víctimas.²³

Se deben asignar recursos suficientes para prevenir los ataques en contra de quienes ejercen este derecho.

VI. LIBERTAD DE DE EXPRESIÓN. CONSTRUCCIÓN DE UNA DEMOCRACIA

La formación de una opinión pública informada genera la ausencia de sistemas autoritarios a través de la exigencia de un control ciudadano pendiente del actuar de sus funcionarios.

La formación de la opinión pública adecuada permite participar en un debate público informado, ejercer otros derechos y adoptar decisiones informadas respecto cuestiones sociales relevantes.

1. “*Difamación institucional*”. *Su incompatibilidad en una democracia*

La libertad de expresión es un derecho con dos dimensiones: individual y colectiva. La individual consiste en la facultad de todo ser humano de expresar sus pensamientos, ideas y opiniones, la colectiva consiste en el derecho de la sociedad de recibir información y conocer otros pensamientos e ideas.²⁴

²³ Véase, *Ibidem*, p. 18.

²⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *Eduardo Kímel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 53; caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*,

Cuando se ejerce el derecho en su dimensión colectiva y el Estado se constituye como el sujeto susceptible de cumplir esta obligación, es decir, informar a la sociedad, se debe ejercer de tal manera que la información sea objetiva y veraz.

Ahora, el uso de la legislación penal para la protección de la reputación de instituciones es contrario a los estándares internacionales sobre la libertad de expresión, por ejemplo: la Ley sobre Delitos de Imprenta publicada en el Diario Oficial de la Federación desde el 12 de abril de 1917, aún vigente, en su artículo 3o, fracción I, señala:

Artículo 3o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública: I.- Toda manifestación o exposición maliciosa hecha públicamente por medio de discursos, gritos, cantos, amenazas, manuscritos, o de la imprenta, dibujo, litografía, fotografía, cinematógrafo, grabado o de cualquier otra manera, que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman;...

Además, el artículo 33, fracción I de la misma ley señala: “Artículo 33.- Los ataques al orden o a la paz pública se castigarán: I.- Con arresto que no bajará de un mes o prisión que no excederá de un año, en los casos de la fracción I del artículo 3o;...”.

La protección de la reputación de instituciones a través de la legislación penal es contraria a los límites de la libertad de expresión, al considerarse esta como una medida desproporcionada y porque las instituciones en sí mismas no gozan del derecho a la reputación, esta es una característica del individuo en sí.

2. *Legislación penal. Una forma de criminalizar la protesta social en una sociedad democrática*

La protesta social es una de las formas colectivas más eficaces de expresión. Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la plani-

sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151, párrs. 75-77; caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, párr. 163; caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párrs. 108-111; caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párrs. 77-81; caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrs. 64-67.

ficación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante ese escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos.²⁵

En México, la protesta social se encuentra sancionada en el Código Penal Federal, en su artículo 139, primer párrafo, señala:

Artículo 139.- Se impondrá pena de prisión de seis a cuarenta años y hasta mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad para que tome una determinación...²⁶

La redacción del artículo posibilita a los juzgadores considerar a los dirigentes sociales como terroristas, ya que engloba a toda persona que por cualquier medio trate de obligar a una autoridad a resolver determinada situación, siendo la protesta social una herramienta de petición a la autoridad pública.

Cuando la protesta social se convierte en la única forma de expresión, la legislación penal se convierte en un límite desproporcionado, en principio porque considera como delincuente a todo aquél que diside con una o alguna medida tomada por el Estado, generando con ello autocensura e inhibición en el debate público, efectos incompatibles con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de una sociedad democrática. El Estado mexicano debe distinguir la diferencia existente entre disidente y delincuente.

VII. CONCLUSIONES

Una sociedad informada presupone garantía y condición de una democracia. La libertad de expresión es un mecanismo esencial para el ejercicio de

²⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/UnArticuloFast.aspx?IdLey=643&IdRef=126&IdArticulo=906719&NumArt=139>.

otros derechos como la libertad religiosa, educación, participación e igualdad, entendida esta última no sólo como el derecho a no ser discriminado, sino igualdad en el goce de ciertos derechos sociales considerados básicos, como son el derecho al trabajo, alimentación, salud y educación.

Todo individuo tiene derecho a participar en el debate público en condiciones de equidad, otorgada ésta en cierta medida por la información veraz y objetiva que pueden proporcionar los diversos medios de comunicación, además de la existencia de medios adecuados para realizar el debate. También, tienen derecho a pensar por cuenta propia y a expresar opiniones e ideas sin temor a ser posteriormente perseguido.

Los límites impuestos a este derecho deben a) ser necesarios para la construcción de una democracia y b) no pueden equivaler a censura.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, Francisco, “Información confidencial”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al.*, 2010, t. II.
- CARPISO, Jorge, *Temas constitucionales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.
- , *et. al.*, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Benemérita Universidad de Puebla, Fundación para la libertad de expresión y JUS, 2009.
- CARPISO, Jorge y CARBONELL, Miguel (Coords.), *Derecho a la información y derechos humanos*, México, Porrúa, 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151.
- , caso *Eduardo Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177.
- , caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107.
- , caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) *vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.
- , caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.
- , caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111.
- DÍAZ, Vanessa, “Veracidad informativa”, en VILLANUEVA, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al.*, 2010, t. II.

- HABERMAS, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, trad. Ramón Vilà Vernis, Barcelona, Paidós, 2003.
- , *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. Antoni Domènech y Rafael Grasa, Barcelona, GG MassMedia, 1981.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadística sobre disponibilidad y uso de tecnología de información y comunicaciones en los hogares 2012*, México, INEGI, 2013.
- NAVA GOMAR, Salvador O., “Información reservada”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al.*, 2010, t. II.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Misión México*, A/HRC/17/27/Add.3, ONU, 19 de mayo de 2011.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “Comunicado de prensa R53/13. Relatoría especial condena asesinato de periodista en México”, 22 de julio de 2013, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=930&IID=2>.
- PARAMETRÍA, “Los medios de comunicación en México: Televisoras y Conductores”, disponible en http://www.parametria.com.mx/carta_parametrica.php?cp=4088.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio *et al.*, “Objetividad informativa”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al.*, 2010, t. II.
- Relatoría especial para la libertad de expresión y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA y CIDH, 25 de febrero de 2009.
- Reporteros sin fronteras. por la libertad de información*, “Una periodista obligada al exilio atestigua las fallas en la protección de periodistas”, lunes 27 de mayo de 2013, disponible en <http://es.rsf.org/mexico-una-periodista-obligada-al-exilio-27-05-2013,44683.html>.
- REVENGA, Miguel, *La libertad de expresión y sus límites*, Lima, GRIJLEY, 2008.
- ROJAS Castell, Irma, “Libertad de expresión”, en Villanueva, Ernesto (coord.), *Diccionario de derecho de la información*, 3a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas *et al.*, 2010, t. II.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, FCE, 2000.
- SALAZAR UGARTE, Pedro y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, UNAM-Instituto

de Investigaciones Jurídicas y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.

SARTORI, Giovanni, *Homo videns; la sociedad teledirigida*, trad. Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 2005.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Código Penal Federal”, disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/UnArticuloFast.aspx?IdLey=643&IdRef=126&IdArticulo=906719&NumArt=139>.

———, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, disponible en http://www.scjn.gob.mx/normativa/analisis_reformas/Paginas/titulo_primero.

———, “Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/lf/Reformas.aspx?IdLey=24956>.

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, “Indicadores clave sobre acceso y uso de las TIC por los hogares y los individuos”, disponible en <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>.

VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.

———, *Temas selectos de derecho de la información*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

REFORMAS CONSTITUCIONALES Y REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN IBEROAMÉRICA

Marcial RODRÍGUEZ SALDAÑA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sistema original de reelección presidencial y su reforma.* III. *Los ciclos reeleccionistas en Iberoamérica.* IV. *La ola reeleccionista en Iberoamérica.* V. *Tipologías de reelección presidencial en Iberoamérica.* VI. *Complejidades de la reelección presidencial por interpretación jurisdiccional y legislativa en Iberoamérica.* VII. *Conflictos sociales institucionales por la reelección presidencial en Iberoamérica.* VIII. *Debate a fondo sobre la reelección presidencial.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas tres décadas, se han realizado reformas a los textos constitucionales en Iberoamérica relativas a la reelección del Presidente de la República. En este trabajo, que se concentrará en ese periodo¹, se analizarán estas modificaciones tomando en cuenta los distintos procedimientos utilizados para realizarlas, ya sea mediante los constituyentes permanentes, congresos o asambleas constituyentes, procesos refrendarios, resoluciones de órganos jurisdiccionales como las Cortes Constitucionales o la aplicación mediante leyes emitidas por el Poder Legislativo, sus argumentos de interpretación en casos de controversias, así como sus efectos en el funcionamiento de las instituciones democráticas y estabilidad social.

El tema de la reelección presidencial en Iberoamérica ya ha sido abordado por estudiosos del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política, sin

* Diplomado en Ciencia Política por la Universidad Sorbona de París I; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; miembro de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

¹ Existen casos en donde se permite la reelección presidencial mediata dejando pasar un periodo como los de: a) Chile, que proviene del artículo 25 de su constitución de 1980; b) Uruguay que la estableció en su artículo 75 de su constitución de 1830; y c) el caso de Panamá, que permite la reelección mediata dejando pasar dos periodos, que proviene de su constitución de 1972, artículo 178.

embargo, existen reformas recientes y tentativas de reformas reeleccionistas; por ello es un asunto de actualidad, toda vez que forma parte del debate académico, en los órganos de poder, en los actores políticos y en la opinión pública, que requiere de nuevos análisis.

II. SISTEMA ORIGINAL DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y SU REFORMA

El Derecho Constitucional Comparado fuera del hemisferio Iberoamericano ha hecho aportaciones significativas al tema de la reelección presidencial, así encontramos en el inicio de la tradición constitucional de los Estados Unidos de América una posición tendiente a la reelección presidencial ilimitada, sin embargo, George Washington, al concluir su segundo periodo presidencial estableció un precedente político al renunciar a postularse para un tercer mandato a pesar de no tener prohibición constitucional².

El modelo original de reelección indefinida de los EE.UU. fue reformado mediante la enmienda XXII a la Constitución la cual prescribe que: “Ninguna persona debe ser elegida para el cargo de presidente más de dos veces”³.

Por su parte, en el constitucionalismo francés, mediante referéndum constitucional del 6 de noviembre de 1962 se aprobó el modelo de reelección ilimitada del Presidente de la República⁴.

III. LOS CICLOS REELECCIONISTAS EN IBEROAMÉRICA

Respecto de la reelección presidencial en Iberoamérica, no se puede demostrar una orientación única, toda vez que la historia constitucional comprueba la existencia de ciclos en general y en cada país. En los inicios de la etapa de independencia y formación de las instituciones constitucionales a lo largo del siglo XIX en América Latina, se observa una marcada tendencia de los jefes de Estado a mantenerse en el poder presidencial durante varios periodos o

² Cfr. Gérard Patrick, *Le Président des États-Unis*, Collection Que sais-je? Editorial Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 43.

³ Cfr. Padover Saul K., *The Living U.S. Constitution*, Editorial, New American Library, New York, 1982, p. 73.

⁴ Cfr. Burdeau Georges, Hamon Francis y Troper Michel, *Droit Constitutionnel*, Editorial L.G.D.J, Paris, 1991, pp 544 y Gicquel Jean, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editorial Montchrestien, Paris, 1993, p. 579.

a volver a ocupar el poder⁵, sin embargo de acuerdo con Dieter Nohlen, en el lapso de quince años, América Latina pasó de ser antirreeleccionista a ser pro reelección⁶.

IV. LA OLA REELECCIONISTA EN IBEROAMÉRICA

En los últimos treinta años se han llevado a cabo múltiples reformas constitucionales en Iberoamérica relativas a la reelección presidencial, para ello se han utilizado diversos procedimientos previstos en las constituciones, como los siguientes:

1. *Reelección presidencial mediante el constituyente permanente*

Este procedimiento de reforma se utilizó en: a) Brasil en 1997, siguiendo lo que establece su artículo 60 fracción III.1 que consiste en que la propuesta de enmienda constitucional sea aprobada en cada Cámara del Congreso Nacional en dos ocasiones por al menos el voto de tres quintos de sus integrantes, con lo cual aprobaron la reelección inmediata por un periodo; y b) Colombia en el 2004, respetando el trámite que establece el artículo 375 constitucional, a través de la aprobación del Congreso en dos periodos ordinarios consecutivos, el primero de ellos mediante la aprobación de la mayoría de los asistentes y el segundo por la mayoría de los integrantes, para permitir la reelección inmediata por un periodo.

2. *Reelección presidencial mediante Asamblea Constituyente*

Este mecanismo lo encontramos en: a) el caso de Argentina, en donde en 1994 se convocó a una Convención, siguiendo lo dispuesto por el artículo 30, para aprobar la reelección inmediata por un sólo periodo y b) en el caso de la república de El Salvador, en donde en 1982 se convocó a una Asamblea Constituyente que aprobó una nueva Constitución que entró en vigencia en 1983, cuyo artículo 152.1 permite la reelección mediata, dejando pasar un periodo.

⁵ Así lo podemos constatar entre otros casos como en: a) Argentina, en donde Julio Argentino Roca fue presidente los periodos de 1880-1886, 1898-1904) o; b) de México, en donde Antonio López de Santa Anna fue en once ocasiones presidente de la república en el siglo XIX y Porfirio Díaz quien fue presidente 31 años, a fines del siglo XIX y principios del XX.

⁶ Cfr: Nohlen Dieter, *La reelección*, Editado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pag. Web.

3. *Reelección presidencial mediante Consulta Popular y Asamblea Nacional Revisora*

Este procedimiento se ha utilizado en el caso de República Dominicana, en donde en año 2006 se realizó una consulta popular que implicó la aprobación de una nueva Constitución, la cual entró en vigor el 26 de enero del 2010, que prohíbe la reelección presidencial inmediata, rompiendo con su tradición de reelección presidencial ilimitada.

4. *Reelección presidencial mediante referéndum.*

Este método de reforma fue aplicado en Venezuela, en donde el 15 de febrero del año 2009 mediante referéndum se aprobó la reelección presidencial inmediata ilimitada.

5. *Reelección presidencial mediante Asamblea Constituyente y Referéndum*

Este procedimiento lo encontramos en el caso de: a) Bolivia, en donde en el año 2006 se convocó a una Asamblea Constituyente que aprobó un proyecto de Constitución el cual fue sometido a referéndum el 25 de enero del 2009, cuyo contenido estableció la reelección presidencial inmediata por un periodo; b) Ecuador, en donde Rafael Correa en funciones de presidente convocó a una Asamblea Constituyente en el año 2008 que aprobó una nueva Constitución el 24 de julio, la cual fue ratificada por referéndum el 28 de septiembre de ese año, que permite la reelección presidencial inmediata por una sola vez; c) Perú, que realizó un Congreso Constituyente y referéndum en el año 2000 para prohibir la reelección inmediata y aprobar la reelección mediata dejando pasar un periodo; y d) Venezuela, en donde una Asamblea Nacional Constituyente aprobó en 1999 un proyecto de nueva Constitución que fue ratificada por referéndum ese mismo año que permitió la reelección presidencial inmediata por un periodo.

6. *Reelección presidencial por resolución de órganos Jurisdiccionales*

Se ha aplicado en los casos de Costa Rica mediante sentencia de la Sala de la Corte Constitucional del año 2003 y Nicaragua a través de sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del año 2009.

7. *Reformas reeleccionistas producto de autogolpe de estado*

Este caso lo encontramos en Perú, en donde Alberto Fujimori disolvió el Congreso de la República el 5 de abril de 1992, que dio lugar a un Congreso Constituyente quien aprobó una nueva constitución, la cual fue sometida a referéndum en 1993, que autorizaba la reelección presidencial inmediata por un periodo.

8. *Reformas reeleccionistas por Ley de interpretación del Poder Legislativo*

Este caso lo encontramos en: a) Perú, en donde en 1996 el Congreso -producto de un autogolpe de Estado- expidió una ley denominada Ley de Interpretación Auténtica de la Constitución, que permitió una segunda reelección a Alberto Fujimori; y b) en Bolivia, en donde el Congreso aprobó en 2013 una Ley denominada de aplicación normativa, que permite la reelección presidencial para un segundo mandato de Evo Morales.

9. *La excepción reeleccionista en República Dominicana*

Un caso de que llama la atención es el de la reforma constitucional realizada en República Dominicana, que como sabemos había mantenido una larga tradición de reelección ilimitada presidencial, sin embargo en el año 2006 se realizó una consulta pública, en donde se hizo a los electores las preguntas siguientes:

- a. ¿Debe quedarse como está actualmente (una sólo repostulación consecutiva)? (Art. 49)
- b. ¿Está de acuerdo con la reelección de manera indefinida?
- c. ¿Prefiere usted que la reelección presidencial sea consecutiva o que se deje pasar un período?
- d. ¿Debe prohibirse la reelección de manera definitiva?⁷.

La consulta concluyó con una reforma constitucional que prohíbe la reelección presidencial inmediata y permite la reelección mediata con un periodo alterno.

⁷ Decreto 323-06 del 3 de agosto de 2006, para la consulta popular para la reforma de la constitución de la Republica Dominicana.

10. *Tentativas reeleccionistas*

Han existido iniciativas para reformar textos constitucionales relativos a permitir la reelección presidencial, pero han fracasado como en los casos de: a) Panamá, en donde un referéndum popular en 1998 rechazó la reelección presidencial indefinida; b) en Colombia, en donde el presidente en funciones Álvaro Uribe promovió en el año 2000 una ley para convocar a un referéndum, la cual no fue aprobada por la Corte Constitucional; c) en Venezuela, en donde el presidente Hugo Chávez impulsó en el año 2007 un referéndum que permitiera la reelección presidencial, el cual fue rechazado por el 50.7 de los electores; y d) Honduras, en donde el presidente de la república Manuel Zelaya promovió en el año 2009 una consulta popular para que hubiese una Asamblea Constituyente que aprobara una nueva Constitución que permitiera la reelección presidencial, lo que provocó su destitución del cargo.

Como podemos constatar, ha existido una variedad de procedimientos de reforma constitucional para aprobar la reelección presidencial, y de iniciativas que no prosperaron, pero podríamos concluir que en la inmensa mayoría de los casos, han sido reformas promovidas para favorecer a jefes de estado en funciones o que han ocupado este cargo, reformas de interés particular y no como resultado de procesos de modificaciones de aplicación general o de diseño de las instituciones para una Reforma del Estado.

V. TIPOLOGÍAS DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN IBEROAMÉRICA

Se ha analizado en el punto anterior, que existe una variedad de procedimientos de reformas constitucionales para modificar las normas relativas a la reelección presidencial. En este apartado se procurará establecer las tipologías⁸ de los distintos modelos de reelección presidencial, entre las que encontramos las siguientes:

1. Reelección presidencial inmediata por un periodo: Este modelo lo encontramos en el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador y Colombia⁹.

⁸ Utilizo el método comparado del Derecho Constitucional, expuesto por Jean Blondel, en su trabajo. *“Généralités : le comparatisme*, en: GRAWITZ Madeleine et LECA Jean, Coords., *Traité de Science Politique*, vol., 2 *Les régimes politiques contemporains*, PUF, París, 1985, pp. 7-8.

⁹ En el caso de Portugal, el artículo 126 de su Constitución de 1976, permite una reelección inmediata y prohíbe expresamente un tercer mandato consecutivo.

2. Reelección presidencial mediata, dejando pasar un periodo: que se aplica en El Salvador, Perú y República Dominicana¹⁰.
3. Reelección presidencial mediata, dejando pasar dos periodos: que se utiliza en Costa Rica y Panamá.
4. Reelección presidencial ilimitada: que se permite en Nicaragua y Venezuela

VI. COMPLEJIDADES DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL POR INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL Y LEGISLATIVA EN IBEROAMÉRICA

Los procesos de reelección presidencial en Iberoamérica se han desarrollado en contextos de distintas complicaciones, que conviene analizar.

1. *Interpretación por órganos jurisdiccionales de la reelección presidencial*

a) *Caso Bolivia*

Evo Morales fue electo como presidente de Bolivia para un primer periodo del año 2006 al 2010; en ese lapso se convocó a una Asamblea Constituyente que aprobó una nueva Constitución, la cual fue sometida a referéndum en 2009, que permite una reelección inmediata presidencial, luego fue electo para un siguiente periodo del 2010 al 2014.

El Tribunal Constitucional analizó un recurso para determinar si le sería permitido ser nuevamente candidato en el 2014, y resolvió que eran constitucionales cuatro artículos de una Ley de Aplicación Normativa, entre ellos el que se refiere a una nueva reelección presidencial, bajo el argumento de que la Asamblea Constituyente del 2009 refundó el Estado y creó un nuevo orden jurídico-político, por lo que validó el artículo 4º de dicha Ley que dispone que el presidente y vicepresidente electos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución del 2009 estaban habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua, a pesar de que la primera disposición transitoria parágrafo II de la Constitución del 2009 establece que los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos en funciones.

¹⁰ Aquí se incluyen los casos de Chile y Uruguay, ya mencionados.

b) *El caso Costa Rica*

En este país, el artículo 132 de la Constitución de 1949 prohibió la reelección presidencial en cualquiera de sus modalidades. En el año 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia recibió acciones de inconstitucionalidad que pretendían que se modificara esta prohibición, pero este tribunal no entró al fondo del asunto, sino que resolvió cuestiones de carácter procesal al decidir que no tenía competencia para pronunciarse sobre el contenido del artículo constitucional que prohibía la reelección presidencial, con el argumento de que las violaciones al procedimiento de aprobación del artículo que prohibía la reelección presidencial no eran sustanciales¹¹.

En el año 2003, esta Sala recibió otras acciones de inconstitucionalidad y modificó el criterio anterior- aun cuando seguían formando parte de la sala los magistrados -Adrián Vargas B., y Ana Virginia Calzada, quienes habían votado en contra de la reelección presidencial en la sentencia del año 2000- al declararse competente para conocerlas, con el argumento de que su función como Tribunal Constitucional era de establecer límites al ejercicio del poder, en este caso, al poder reformador de la constitución, y concluyeron por mayoría de votos anular la reforma que aprobó el artículo 132 constitucional que prohibía la reelección presidencial, que dio paso a la reelección presidencial alterna en dos periodos, aun cuando en la sentencia se expuso que no se pronunciaban sobre la conveniencia de la reelección¹².

c) *El caso Colombia*

El artículo 197 de la Constitución colombiana de 1991 prohibía la reelección presidencial en cualquiera de sus modalidades, sin embargo mediante acto legislativo del 28 de diciembre del 2004, el Congreso decretó cambios a la constitución, entre ellos al artículo 197 para permitir la reelección presidencial inmediata por un periodo.

Esta reforma constitucional fue impugnada mediante acciones de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, quien mediante 18 senten-

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de fecha 5 de septiembre del año 2000.

¹² Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de fecha 4 de abril del 2003. Para un estudio más detallado sobre el tema, véase la tesis para obtener el Master en Estudios Latinoamericanos del Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, de Amelia Brenes Barahona, titulada: *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional. Los casos de Costa Rica y Nicaragua, 2010.*

cias del año 2005 resolvió que la reforma que aprobó el Congreso que permitía la reelección presidencial era procedente, ello permitió la reelección de Álvaro Uribe.

En el año 2010 la Corte Constitucional de Colombia resolvió sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum para modificar el artículo 197 de la Constitución que permitiría que quien haya sido presidente de la república en dos periodos –caso Álvaro Uribe- podría ser elegido únicamente para otro mandato, sin embargo, la Corte lo declaró inexecutable –inconstitucional- argumentando que hubo manejo ilegal y exceso de gastos, vicios en el procedimiento legislativo, modificación del texto original del proyecto, lo que consideró violaciones sustanciales a los principios democráticos, pero no entró al fondo del asunto en cuanto a si era procedente reformar la constitución para admitir la reelección por un tercer mandato¹³.

d) *El caso Nicaragua*

El artículo 147 de la Constitución de Nicaragua establece que no puede ser Presidente de la República quien ejerza dicho encargo durante el periodo de la elección para el periodo siguiente, con lo cual prohibía la reelección inmediata, ni quien haya desempeñado esta función durante dos periodos consecutivos. Daniel Ortega estaba en funciones como presidente en el 2011, ya había ejercido el cargo de 1985 a 1990 y ganado las elecciones para ejercerlo nuevamente del 2007 al 2012, por lo que le era aplicable esta prohibición constitucional para reelegirse por un nuevo periodo.

Mediante un recurso de Amparo que promovió el propio Daniel Ortega, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolvió el 19 de octubre del 2009 declarar inaplicable el artículo 147 constitucional para permitir una nueva postulación de Daniel Ortega como candidato presidencial, la cual ganó el 6 de noviembre del 2011.

Con esta sentencia, se permite la reelección ilimitada del Presidente de la República en Nicaragua. Entre los argumentos de la Sala de lo Constitucional expuso que el artículo 147 de la Constitución que prohíbe la reelección presidencial es discriminatoria y por tanto es contraria al principio general de igualdad incondicional, citando doctrina jurídica e instrumentos internacionales¹⁴.

¹³ Véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 26 de febrero del 2010.

¹⁴ Véase la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de fecha 19 de octubre del 2009.

2. Interpretaciones por el Poder Legislativo

a) *El Caso Perú*

En donde el Congreso expidió en 1996 una Ley denominada de Interpretación Auténtica de la Constitución, debido a que Alberto Fujimori, había sido electo Presidente de la República en el año 1990; para ese entonces la Constitución vigente prohibía la reelección inmediata, pero luego de la disolución del Congreso en 1992 un Constituyente aprobó una nueva Constitución en 1993 que permitía la reelección inmediata por un periodo¹⁵, por ello, Fujimori bajo el argumento de que su primer mandato lo había ejercido al amparo de la Constitución de 1979 y por lo tanto no se debería contar su primer periodo y considerando que la Constitución de 1993 le permitía postularse nuevamente como candidato presidencial, promovió esta ley que estableció textualmente:

Interprétase de modo auténtico, que la reelección a que se refiere el Artículo 112o. de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétase auténticamente, que en el cómputo no se tiene en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución¹⁶.

Esta interpretación permitió a Fujimori, ser candidato presidencial, ganar las elecciones y ejercer su mandato por tres ocasiones continuas.

b) *El Caso Bolivia*

El artículo 168 de la Constitución de Bolivia establece que el periodo presidencial será por cinco años con posibilidades de ser reelecto en forma continua por una ocasión, sin embargo, en este año 2013 el Congreso aprobó una Ley de Aplicación Normativa, con el argumento de que el artículo 168 de la Constitución del año 2009 permitía la reelección presidencial por un periodo de manera continua, por tanto no le contaba su primer man-

¹⁵ Cfr. García Belaúnde Domingo, *La reforma del estado en Perú*, en: *La Reforma del Estado, Estudios Comparados*, José Luis Soberanis, Diego Valadez y Hugo A. Concha (Editores), México, 1996, p. 390.

¹⁶ Véase la Ley de Interpretación Auténtica de la Constitución expedida por el Congreso de Perú en 1996.

dado del 2006 al 2010, lo que permite que Evo Morales se pueda postular como candidato presidencial en 2014.

VII. CONFLICTOS SOCIALES INSTITUCIONALES POR LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN IBEROAMÉRICA

Algunas reformas constitucionales relativas a la reelección presidencial en Iberoamérica han provocado protestas sociales como en los casos de: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Venezuela.

El caso más relevante se presentó en Honduras, en donde ex presidente Manuel Zelaya, intentó en marzo del 2009 promover una consulta popular para reformar la constitución y permitir la reelección, para favorecerse de la misma.

La Constitución de Honduras, sigue el modelo de prohibir la reelección presidencial en forma absoluta, y previene en su artículo 239 párrafo segundo que quien viole este mandato o promueva su reforma así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus cargos y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de cualquier función pública¹⁷.

Esta propuesta desencadenó un conflicto institucional ya que el jefe de las fuerzas armadas Romeo Vázquez se negó a apoyar la iniciativa del presidente Zelaya, razón por la cual lo destituyó del cargo; el Congreso y la Corte Suprema destituyeron a Zelaya, el ejército dio un golpe de Estado tomando preso al presidente para enviarlo a Costa Rica y el Congreso designó como presidente de Honduras a su líder Roberto Micheletti.

La comunidad internacional a través de sus organismos como la ONU y OEA condenaron el golpe de Estado, se formó una comisión negociadora de la OEA que no tuvo ningún resultado, hubo tentativas de conflicto militar entre Venezuela y confrontación política entre Honduras y Brasil quien dio asilo en su embajada en Honduras al presidente Zelaya.

El Congreso de Honduras, la Corte Suprema de Justicia y el Ejército incurrieron en violación constitucional, al destituir sin previo juicio, por la fuerza y de hecho al presidente Zelaya. El conflicto no se resolvió respetando el Estado de Derecho en Honduras, sino por circunstancias de facto, como la elección de un nuevo Presidente de la República, pero queda como

¹⁷ Cfr. Ramos Soto, José Oswaldo, Evolución del Estado de Derecho en la República de Honduras en las últimas tres décadas, en: Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica; Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y Daniel Zovato (Coors.), editorial UNAM, México, 2009, p. 413.

un antecedente en la historia constitucional de Iberoamérica de un conflicto derivado de la tentativa de reelección presidencial¹⁸.

Independientemente del grado de los conflictos sociales con motivo de las propuestas de reforma constitucional tendientes a la reelección presidencial, los hechos nos demuestran que estas iniciativas cuando provienen de los jefes de estado en funciones, son propicias para generar protestas sociales, crisis institucionales y hasta conflictos de orden internacional.

VIII. DEBATE A FONDO SOBRE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL

1. *Los argumentos de los jueces*

Como podemos analizar, la interpretación de los tribunales constitucionales respecto de la reelección presidencial es muy distinta. Mientras que en el caso de Costa Rica, existen dos sentencias con criterios encontrados, ya que en un primer momento en su resolución del año 2000, sin entrar al fondo del asunto, por cuestiones procesales se declara sin competencia para analizar el tema, pero en una segunda sentencia en el año 2003, resuelve en sentido contrario, al decidir anular un artículo de rango constitucional que prohibía la reelección presidencial y permitir un mandato mediato, dejando pasar un periodo.

Por su parte en el caso de Colombia, encontramos que la Corte Constitucional en diversas sentencias emitidas en el año 2005, resolvió que una reforma constitucional aprobada por el Congreso que permitía la reelección presidencial inmediata por un mandato era acorde al procedimiento de reforma constitucional, con lo cual validó la reelección presidencial inmediata por un periodo, sin embargo, en el 2010 por cuestiones de carácter procesal declaró que la convocatoria a un referéndum para permitir la reelección por un tercer mandato era inexecutable, es decir, contraria a la Constitución, por lo que canceló la esta posibilidad.

En el caso de Nicaragua, encontramos que la Sala Constitucional resolvió declarar inaplicable un artículo de la Constitución, para permitir la reelección indefinida, a pesar de existir una norma constitucional expresa que prohíbe la reelección presidencial.

Respecto a la intervención de órganos jurisdiccionales en el tratamiento del tema de la reelección se plantean dos cuestiones: a) la que tiene que ver

¹⁸ Cfr. OEA, Resolution on the political crisis in Honduras. Adopted at the plenary session, held on July 1, 2009 and pending to be revised by the Style Committee.

con la revisión de los procedimientos de reforma constitucional, en el sentido de que en caso de que se hayan violado los procedimientos establecidos por la propia Constitución para su reforma, sobre todo si son sustanciales, no hay ninguna duda de que los tribunales constitucionales están facultados para anular dichas reformas; y b) en el caso de la inaplicación de artículos constitucionales que prohíben la reelección como ocurrió en Costa Rica en el 2003 y en Nicaragua en el 2009; aquí se trata de discernir si un Tribunal Constitucional cuya función principal es velar por el respeto a la Constitución, está facultado para anular una disposición constitucional aprobada por el órgano competente siguiendo adecuadamente los procedimientos establecidos, con lo cual se convierte en legislador constitucional suplantando al Poder Reformador de la Constitución¹⁹.

En nuestra opinión, no existe duda en cuanto a la facultad de interpretación constitucional de los tribunales constitucionales, cuando una norma constitucional no es precisa, pero la decisión de declarar inaplicable un artículo constitucional que siguió correctamente los procedimientos de reforma constitucional, y en particular, que es expresa en lo relativo a permitir la reelección presidencial, vulnera el principio republicano de separación de poderes.

Salvo que se tratara de una reforma que fuese violatoria de derechos humanos, o a los principios que la misma Constitución estableciera, pero en el caso de la reelección presidencial y sobre todo promovida por un jefe de estado que se encuentra en ejercicio del poder, no contraviene el principio de igualdad.

La cuestión de fondo es definir si una norma constitucional que prohíbe la reelección presidencial, en cualquiera de sus modalidades es contraria a lo establecido en los instrumentos de derecho internacional y disposiciones constitucionales en cuanto al principio de igualdad genérica ante la ley y en particular al derecho de ser votado.

De acuerdo con la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la norma constitucional que prohíbe la reelección presidencial si es violatoria del principio genérico de igualdad ante la ley y del derecho de igualdad política para ser votado. Si prevaleciera este criterio, se abriría la posibilidad para que cualquier Tribunal Constitucional declarara inaplicable las normas que prohíben la reelección pre-

¹⁹ Para un estudio más particular sobre el tema, puede consultarse la tesis para obtener el grado de Doctor de: Arce Gómez Celín Eduardo, *La sala Constitucional como legislador positivo*, tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, en la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, San José Costa Rica, 2007, 324 pp.

sidencial en cualquier Constitución y con ello abrir la puerta a la reelección ilimitada en todos los regímenes presidenciales.

En este supuesto, cualquier persona que haya sido Presidente de la República y que en la Constitución de su país haya una norma que prohíba la reelección, podría solicitar su registro para ser candidato presidencial en cualquier elección y ante la negativa de su registro podría acudir a un Tribunal Constitucional para que declara inaplicable dicha norma y así tener la posibilidad de ser presidente de su país en forma ilimitada. Esto también se podría aplicar a cualquier representante de elección popular, un gobernador, senador, diputado, alcalde o concejal, cuya Constitución prohibiera la reelección inmediata o mediata, y al solicitar y negársele el derecho de ser candidato con la posibilidad de reelegirse, podría acudir a un tribunal constitucional para respetar el principio de igualdad genérica y el derecho a ser votado y así desencadenarse un sistema de reelección inmediata generalizado.

En este caso habría que plantear la cuestión de si el principio republicano de renovación periódica del poder es contrario al principio de igualdad genérica ante la ley y al derecho político personal de ser votado, y si este derecho en el caso de quien detenta el poder no es contrario al derecho de igualdad ante cualquier otro ciudadano que no se encuentra en ejercicio del poder presidencial, para competir por una representación popular en condiciones de equidad.

En realidad lo que ocurre, es que los criterios de interpretación constitucional y de declarar inaplicables normas que prohíben la reelección presidencial, obedecen a factores de poder en cada nación, los propios Tribunales Constitucionales están influidos por estas circunstancias, a eso obedece que en algunos casos se revuelva en un sentido –de permitir la reelección- o en otro –de prohibirla- en ambos casos, se ha dado una interpretación constitucional favorable a uno u otro interés particular.

A diferencia de lo que argumentaron los miembros de la Sala de los Constitucionales de la Corte Suprema de Nicaragua, considero que un artículo constitucional que prohíbe expresamente la reelección presidencial, no es violatorio de principio de igualdad genérica ni del derecho ciudadano de ser votado, en el caso de una persona que se encuentre en funciones de Presidente de la República, toda vez que no se encuentra en condiciones de igualdad frente a los demás ciudadanos que no tienen su cargo, en virtud de que el presidente en funciones posee atribuciones y dispone de poderes supremos que lo ponen en condiciones de extrema ventaja frente a un ciudadano sin representación. En consecuencia, al declararse inaplicable un artículo constitucional que prohíbe expresamente la reelección, por un

Tribunal Constitucional, se asume como legislador constitucional, lo que significa la ruptura del Estado de Derecho Democrático²⁰.

En cuanto a la posición de los magistrados de la Sala de lo Constitucional de Nicaragua, en el sentido de que la prohibición expresa de la reelección presidencial viola los derechos políticos del Presidente de la República en funciones, contenidos en los instrumentos internacionales, en mi opinión la reelección presidencial promovida por un jefe de estado, para su beneficio personal, es violatoria del artículo 23.1 inciso c), de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como del artículo 25 inciso c) del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho político de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

2. *Los argumentos históricos y académicos*

Ya se han expuesto los antecedentes históricos del origen y evolución del sistema de reelección presidencial. Existen argumentos sobre este tema como el discurso de Simón Bolívar pronunciado en el Congreso de Angostura en donde expreso que:

La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo a un mismo ciudadano en el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerlo y él se acostumbra a mandarlo, de donde se origina la usurpación y la tiranía...²¹.

Por su parte Alexis de Tocqueville señala respecto al sistema original de reelección ilimitada en Estados Unidos, que evitar la reelección del poder ejecutivo parecería en principio contrario a la razón, ya que es conocida la influencia que ejercen el talento y el carácter de un solo hombre sobre el destino de una nación y que las leyes que prohíben a los ciudadanos reelegir a su primer magistrado los privan del mejor medio para hacer prosperar el Estado o de salvarlo.

Sin embargo, expone que la intriga y la corrupción son vicios propios de los gobiernos electivos, y cuando el jefe del Estado se puede reelegir, esos vicios se prolongan indefinidamente y comprometen la propia existencia

²⁰ Utilizo el concepto de Estado de Derecho Democrático, desarrollado profusamente por Elías Díaz, en su libro *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Editorial Taurus, España, 1998, 203. pp.

²¹ Bolívar Simón, Mensaje al Congreso de Angostura, 1819.

de una nación; concluye que el principio de la reelección indefinida propicia el mantenimiento de la corrupción por periodos largos y generan la degradación de la moral política del pueblo y sustituye el patriotismo por la habilidad²².

Los argumentos a favor y en contra de la reelección presidencial se han expuesto en diversos trabajos académicos como el de José Ma. Serna de la Garza²³, o las reflexiones de Daniel Zovato, quien considera que:

En mi opinión, la reelección indefinida se opone al principio de la alternabilidad en el ejercicio del poder político ya que, potencialmente, da lugar a la permanencia indefinida en el cargo de una misma persona. Por ello, y dentro de esta línea de pensamiento, considero importante la opción de limitar o restringir la reelección, sin llegar necesariamente a su prohibición absoluta, permitiendo la reelección inmediata o bien la mediata, diferida o alterna²⁴.

Daniel Zovato es partidario de la reelección con algunos matices, ya que sugiere que la reelección inmediata limitada se pueda aplicar en países con una institucionalidad fuerte, pero para los que tienen una institucionalidad débil propone que la reelección sea mediata alternada por al menos dos periodos y que la prohibición se extienda al cónyuge, concubina (o) y a parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, evitando así el continuismo individual o familiar²⁵.

Es debatible la opinión de Zovato cuando expresa que la reelección ilimitada se opone al principio de alternancia en el poder, ya que en el caso de sistemas constitucionales como el francés que permiten la reelección ilimitada como parte de su diseño institucional no se considera así, en cambio, cuando se reforma la Constitución para favorecer al presidente en turno, es evidente que si es contrario al principio jurídico de que la ley debe tener un sentido de aplicación general y no particular, pero más aún en este caso, es contrario a los principios constitucionales generales de un régimen republicano y democrático.

²² Cfr. Toqueville Alexis, *De la Démocratie en Amérique*, Editorial GF-Flammarion, Paris, 1981, pp. 209-211.

²³ Cfr. Serna de la Garza, *La reforma del estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, Editorial UNAM, México, 1998, pp. 142-148.

²⁴ Cfr. Zovato Daniel, *La Ola reeleccionista en América Latina*, Mundo Electoral, año 4, 12 de septiembre del 2011.

²⁵ *Ibidem*.

IX. CONCLUSIONES

Las reformas constitucionales relativas reelección presidencial en Iberoamérica se han desarrollado en contextos muy particulares de cada país, producto de sus circunstancias sociales y políticas, de los factores institucionales y reales de poder que han dado lugar a diversos procedimientos de aprobación y de aplicación de distintas fórmulas reeleccionistas. Con base en las reflexiones expuestas en esta comunicación, podemos exponer las conclusiones siguientes:

8.1 Existen criterios de interpretación discrepantes en los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, a favor y en contra de la reelección presidencial.

8.2 La prohibición constitucional explícita de la no reelección presidencial, no contraviene el principio genérico de igualdad ni el derecho político de ser votado.

8.3 Las sentencias de los Tribunales Constitucionales que declaran inaplicables de artículos constitucionales que prohíben expresamente la reelección presidencial, son contrarias al Estado de Derecho Democrático.

8.4 La reelección presidencial como un principio particular constitucional no es contraria al principio constitucional general del gobierno republicano y al Estado de Derecho Democrático.

8.5 La reelección presidencial promovida por los jefes de Estado en funciones para favorecerse personalmente o sus familiares, sí es contraria al principio constitucional de gobierno republicano y al Estado de Derecho Democrático.

8.6 La reelección presidencial promovida por los jefes de Estado en funciones, para favorecerse personalmente o sus familiares, propicia un ambiente de ingobernabilidad y de crisis institucionales y sociales.

ESTADO LAICO Y RELIGIÓN EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Miguel Ángel RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

Sumario: I. *Introducción*; II. *Religión y globalización*. III. *Relación entre el estado y las religiones en la era de la globalización*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Para tener cabal comprensión, en la actualidad, de un determinado fenómeno social, debemos enmarcarlo dentro de la llamada globalización, cuyas variadas manifestaciones de una u otra forma influyen o determinan su comportamiento e incluso pudieran generar su extinción.

Los efectos de la globalización son múltiples y variados, según sea la intensidad con que se manifiesten en una determinada región, Estado-nación o comunidad, lo cual dependerá de diversos factores, entre ellos la fortaleza de sus instituciones, de su cultura, así como de la cohesión existente entre sus miembros.

En tal virtud, para realizar el estudio del fenómeno religioso y del Estado laico, es obligado tomar en cuenta de qué manera la globalización incide en su comportamiento, ya que es verdad sabida que una de las consecuencias de dicho proceso, es que el Estado-nación pierde fuerza, habida cuenta que el poder que concentraba y que utilizaba para hacer prevalecer la ley, ahora se está desplazando al espacio global, fuera de sus confines, a tal grado que ve mermadas sobremanera sus atribuciones, entonces, nos preguntamos, ¿cuál es el papel que juega el Estado en la era de la globalización respecto al fenómeno religioso?

Para desarrollar el tema y responder a la interrogante planteada, el trabajo se desarrollará en dos partes, en la primera, abordaremos el tema de la

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango.

religión en la era de la globalización con base en la crítica a categorías que se han empleado y que pueden ser útiles en algunos contextos, pero no en todos ni en los diferentes momentos históricos.

En la segunda parte, nos referiremos al rol que tiene el Estado en el escenario que genera la globalización y el papel que asume ante las religiones dentro del mismo, para ello se utilizan las propias categorías que son engendradas en dicho proceso, como la de gobernanza que obliga a tener una nueva comprensión de las instituciones políticas y del Derecho Constitucional. Terminamos argumentado a favor del pluralismo así como de la tolerancia, base esencial de un Estado laico, que históricamente dio lugar a la libertad religiosa.¹

II. RELIGIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Para entender lo que sucede con la religión en la era de la globalización, hay quienes han empleado categorías de análisis, como la de “secularización”, para realizar interpretaciones teniendo como marco teórico el desarrollo europeo, de tal manera que se parte de esa realidad concreta y a partir de ella se hacen generalizaciones para comprender lo que acontece en diversos lugares del mundo.

No negamos que la tesis de la secularización es útil para darnos una explicación acerca de lo que ocurre con las religiones en los Estados nacionales, pues en una buena parte de éstos se aprecia esa tendencia,² la cual surge como producto de una serie de manifestaciones que se conjugaron para darle lugar, tales como el desarrollo de la ciencia y la tecnología, que generan explicaciones causales de los fenómenos, la separación del Estado y las iglesias, que tiene por efecto que éstas ya no posean el control de diversos aspectos de la vida social, sin embargo, al tener como centro de atención

¹ “Una de las primeras libertades y garantías establecidas por el Estado laico es precisamente la libertad religiosa.” Blancarte, Roberto J., “Laicidad y multiculturalismo”, en Gutiérrez Martínez, Daniel, *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, México, El Colegio de México-XXI siglo veintiuno editores, 2006, p. 153. Consideramos que la libertad religiosa de la doctrina liberal, tal como afirma Chiassoni, al seguir a Francesco Ruffini, “no es otra cosa sino la especificación de la libertad de conciencia (libertaria) en materia de religión.” Chiassoni, Pierluigi, *Laicidad y Libertad religiosa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 10, p. 13.

² Véase *Global Index of Religion and Atheism – 2012*. Hay algunos países como Irlanda en donde las personas que se consideran religiosas son el 47% de la población, las que no se estiman religiosas son el 44% y las convencidas del ateísmo el resto.

la evolución europea no se advierten las peculiaridades de otras regiones, Estados o comunidades, que procesan de manera diferente tales fenómenos y que producen resultados distintos, por ejemplo, en Ghana la inmensa mayoría de personas se dice religiosa.³

Asimismo para explicarse lo que acontece en los Estados Unidos de América, se ha tenido que forzar la tesis de la secularización y aseverar que dicho país es la excepción a la regla, empero al tener una perspectiva mundial, una parte de los estudios afirma que el desarrollo europeo es el que en realidad constituye la excepción y no la regla.⁴ Más aún, considerar que la secularización y la modernidad constituyen una ecuación,⁵ es insostenible, pues, tal como lo afirma Berger, "... si modernidad y secularización van de la mano, ¿cómo se explica el caso de los Estados Unidos? Se trata de una sociedad fervientemente religiosa, y difícilmente podríamos decir que menos moderna que Holanda, por ejemplo... 'lo excepcional', en lo que tiene que ver con la religión, es Europa, no América".⁶

Obviamente, la jerarquía de la Iglesia católica pone énfasis en que el fenómeno de la secularización es localizable en un punto concreto y no es la generalidad de lo que acontece en el mundo, con lo cual pretende, como es lógico, argumentar a favor de la fe religiosa y resaltar que ésta sigue jugando un papel esencial en el pensamiento contemporáneo,⁷ incluso, en la reciente

³ *Ibidem*, en Ghana, las personas que se consideran religiosas son el 96%.

⁴ Jürgen Habermas, al analizar la crítica a la tesis de la secularización expresa: "Desde esta visión revisionista, el desarrollo europeo, cuyo racionalismo se consideró algunas veces como elemento que podía servir de modelo para el resto del mundo, es en realidad la excepción, antes que la pauta (pisando un camino divergente)." Habermas, Jürgen, "Apostillas sobre una sociedad secular", visible en <http://www.signandsight.com/featurres/1714.html> (N. del T.). (La última consulta fue el 15 de julio de 2013).

⁵ "... es oportuno distinguir entre el fenómeno histórico-social *objetivo* identificado como secularización y el conjunto de los supuestos y actitudes *subjetivas*, convicciones, principios, orientaciones teóricas y prácticas, que son propiamente designados como laicismo (laicidad). Se podrá decir también que el concepto de secularización tiene un significado *descriptivo*, es decir, que indica un estado de cosas o una tendencia empíricamente observables..., no existe ningún vínculo directo y necesario. Por un lado el proyecto laico que deriva del liberalismo clásico y conduce las creencias religiosas al ámbito privado no exige ni conlleva *per se* una tendencial extinción de las mismas." Bovero, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 2, p.10.

⁶ Berger, Peter, "Globalización y religión" en *Las religiones en la era de la globalización*, visible en es.scribd.com/doc/1000346681 Globalizacion-y-Religion-Peter-Berger. (La última consulta fue el 15 de julio de 2013).

⁷ En el *Anuario Estadístico* que fue presentado por el Papa Francisco, resalta el dato que los católicos en el mundo en 2011 sumaban mil 214 millones de personas, mientras que en 2010 eran mil 196 millones, lo que representa un aumento de 1.5%.

Carta Encíclica *Lumen Fidei* del Sumo Pontífice Francisco, el tema central tiene que ver con la fe y, concretamente, después de relatar cómo hay quien la cuestiona en el sentido de que pudo servir para sociedades antiguas, mas no para los nuevos tiempos, afirma que si faltara,

... todo se vuelve confuso, es imposible distinguir entre el bien del mal, la senda que lleva a la meta de aquella otra cosa que nos invita a dar vueltas y vueltas, sin una dirección fija”, por lo que asevera que “es urgente recuperar el carácter luminoso propio de la fe”, pero que “una luz tan potente no puede provenir de nosotros mismos; ha de venir de una fuente más primordial, tiene que venir en definitiva de Dios. La fe nace del encuentro con el Dios vivo...⁸

Pero, con independencia del uso que se le dé a los argumentos esgrimidos, ya sea desde el punto de vista sociológico o bien por la propia Iglesia católica, lo cierto es que ha sido cuestionada la tesis de la secularización, pues a pesar de la modernidad y de la globalización actual, la religiosidad no ha desaparecido e incluso hay quienes consideran que hay un resurgimiento de la misma. En relación con lo anterior, Bovero afirma:

Pero el ocaso de la religiosidad (en sentido estricto) no ha ocurrido en absoluto. La tesis, por mucho tiempo sostenida y ampliamente compartida, según la cual el proceso de secularización habría conducido, tarde o temprano, al resultado inevitable e irreversible de la extinción de las religiones positivas, en los últimos decenios, parece no encontrar referentes y ha perdido credibilidad.⁹

En cuanto a la idea del resurgimiento de la religión, para admitirla se debe dar por cierto que decayó en el ámbito social, sin embargo, apelamos al propio argumento que se ha sostenido, es menester contextualizar la expresión. Lo mismo sucede con la idea de la post-secularización, como bien lo afirma Habermas, “Una sociedad ‘post-secular’ debe, en algún momento de su historia haber pasado por un periodo ‘secular’. En consecuencia, el controvertido término sólo puede aplicarse a las sociedades opulentas de Europa o países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, en donde los vínculos religiosos han decaído de forma dramática en el periodo de la guerra.”¹⁰

Así, pues, es menester utilizar categorías de análisis diferentes para explicarse realidades distintas, ver más allá de la evolución europea -a quien

⁸ Carta Encíclica *Lumen Fidei* del Sumo Pontífice Francisco a los obispos, a los presbíteros y a los diáconos, a las personas consagradas y a todos los fieles laicos sobre la fe.

⁹ Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 5, p. 12.

¹⁰ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 4, p. 1.

le acomoda bien la tesis de la secularización- así como de la de los Estados Unidos de América, en donde puede advertirse su realidad al relacionar “la vitalidad religiosa con los libres mercados religiosos”,¹¹ sin embargo, consideramos que tales modelos no nos pueden proporcionar una interpretación satisfactoria de lo que acontece en otros países, en tal virtud, como lo afirma Casanova: “Necesitamos dirigir de nuevo nuestra atención más allá de Europa y de Occidente, historizar y contextualizar nuestras categorías, y adoptar una perspectiva más global, lo cual debería ayudar a relativizar las pretensiones universales de evoluciones históricas particulares.”¹²

Entonces, para lograr el entendimiento del fenómeno religioso actualmente, es necesario manejar las dos categorías siguientes: lo global y lo local.

En efecto, estamos inmersos en el fenómeno de la globalización entendido como proceso que comprende diversos aspectos de la vida social, es decir, no se circunscribe sólo a lo económico, a lo cual está dirigido una buena parte de los análisis realizados,¹³ por el cual se unifican los mercados, sino que también abarca lo tecnológico, lo social y lo cultural, en donde los Estados se hacen interdependientes, empero no se puede hacer de lado la otra cara de la moneda, lo local, en el que tienen su origen productos o prácticas culturales que se expanden por el mundo exitosamente y a su vez los mismos son recibidos en puntos concretos geográficamente, o como diría Santos: “La producción de la globalización implica pues la producción de la localización”,¹⁴ por eso puntualiza que es posible llamar al fenómeno o conjunto de fenómenos a los que nos referimos como “localización”, habida cuenta que hay dos formas de globalización, una es el “localismo globalizado” y otra el “globalismo localizado”, que corresponden a la globalización hegemónica, pero, también, la hay contrahegemónica que comprende al cosmopolitismo y al patrimonio común de la humanidad.¹⁵

Ahora bien, como pensamos que la tesis de la secularización es útil para explicar la evolución europea, pues se advierte que ha disminuido el número de creyentes y que, por tanto, dejó de ser el “corazón de la civiliza-

¹¹ Casanova, José, “Religiones públicas en un mundo global” en *Las religiones en la era de la globalización*, visible en <http://www.iglesiaviva.org/218/218-31-DEBATE.pdf>. (La última consulta fue el 15 de julio de 2013).

¹² *Idem*.

¹³ En este renglón se ha interpretado como “un nuevo ciclo de expansión del capitalismo, como forma de producción y proceso civilizador de alcance mundial.” Ianni, Octavio, *La era del globalismo* (trad. Tavares Matrángelo, Claudio), 3ª. ed., México, XXI siglo veintiuno editores, 2004, p.11.

¹⁴ Santos, Boaventura de Sousa, “Los procesos de globalización”, en *La caída del Ángelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva teoría política*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 207.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 207-217.

ción cristiana”, tal como lo sostiene Casanova, “aunque Roma aún sirva de centro simbólico y burocrático-institucional, se puede observar un desplazamiento semejante de su núcleo, de su población, su jerarquía y sus dinámicas del Viejo al Nuevo Mundo y del Norte al Sur”,¹⁶ hay fuertes indicios de lo anterior; por citar uno, mientras el Concilio Vaticano I fue “predominantemente europeo”, el Concilio Vaticano II fue eminentemente global por la participación de clérigos de todas partes. Al respecto, nosotros agregamos ya no solamente un indicio, sino una prueba contundente para acreditar dicha hipótesis, el nuevo Papa Francisco ya no es de algún país de Europa, sino de Latinoamérica, en concreto de Argentina.

En este contexto, las circunstancias actuales de interdependencia son condiciones propicias para que diversas religiones cobren un papel de gran importancia tanto dentro del ámbito de los Estados nacionales como en lo transnacional, tal como sucede con la religión católica al reforzar características que trascienden las fronteras del Estado Vaticano, como lo son las misiones que se diseminan por diferentes partes del mundo. Aunque conviene no únicamente pensar en la mencionada religión, sino también en otras que han tenido un gran dinamismo y avance como el Islam, que es la segunda religión con más creyentes en el mundo,¹⁷ al grado de que Berger expone que es uno de los dos casos más notables de religión globalizada, concretamente, le llama: “el renacimiento del Islam.”¹⁸ (El otro caso que menciona es el protestantismo evangélico).

En este marco, es necesario ubicar el rol (o más bien los roles) que tiene la religión en la globalización. Al respecto, coincidimos con la tesis sustentada por Beyer¹⁹ en el sentido de que hay un proceso en el que se da tanto la “relativización” como la “revitalización”, es decir, tanto la religión que una persona profesa se convierte una entre varias que convergen en un mismo espacio y tiempo, como su posición crítica y antagónica que tiene frente a dicho proceso, tal como lo explica Stålsett,²⁰ quien expresa que se encarga de corregir deficiencias de la globalización y de promover una globalización alternativa. En este último renglón podemos citar la teología de la liberación, la cual tiene, entre otros, tres puntos importantes para su comprensión, siguiendo al citado autor:

¹⁶ Casanova, José, *op. cit.*, nota 11, p. 2.

¹⁷ Esta religión, según el estudio realizado por *Pew Forum on Religion and Public Life* (que tiene su sede en los Estados Unidos de América), cuenta con mil 600 millones de creyentes.

¹⁸ Berger, Peter, *op. cit.*, nota 6, p. 2.

¹⁹ Beyer, Peter, *Religion in the Process of Globalization*, Erlon Verlag, Würzburg

²⁰ Stålsett, Sturla J. “Religión en la globalización: ¿Integración o resistencia?”, p. 181 y ss., visible en www.koed.hu/talitha/sturla.pdf. (La última consulta fue el 15 de julio de 2013).

1. La polarización y exclusión social a que lleva sobre todo ese proceso, son criticadas fuertemente. La opción por los pobres, llevado por misericordia hacia ellos y el reclamo de justicia que se les debe, es hoy fundamento para oponerse a un mundo económico “sin corazón”... 2. La adoración del poder adquisitivo, del dinero, es en la perspectiva de la teología de la liberación como *idolatría*... 3. En su visión de liberar al pobre de su miseria para poder crear una nueva comunidad o sociedad donde no hay exclusión ninguna, la teología propone una nueva globalización alternativa, más humana, y por lo tanto más cristiana...²¹

Una vez que expusimos sobre el rol de la religión en el proceso de globalización, pasamos a preguntarnos, ¿cuál es la función que tiene el Estado respecto de las religiones dentro de dicho proceso?, la respuesta a dicha interrogante será tema del siguiente apartado.

III. RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS RELIGIONES EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

En primer lugar, para efectos metodológicos, procederemos a ubicar al Estado-nación dentro del proceso de globalización.

Afirmamos, inicialmente, que la globalización comprende un conjunto de fenómenos económicos, políticos, sociales y tecnológicos, por lo que para desarrollar el punto que tratamos nos centraremos en el aspecto político, en el que hay coincidencia de la pérdida del papel central que tenía el Estado-nación en el modelo de la modernidad, citaremos dos opiniones calificadas al respecto.

En primer término, nos referiremos a Santos, quien parte de la idea que la existencia de la nueva división internacional del trabajo y de la economía política “promercado” trae aparejada cambios en el sistema interestatal, pues se reduce la soberanía de lo que él llama Estados periféricos y semiperiféricos, la tendencia a establecer acuerdos políticos interestatales y la pérdida del centralismo del Estado-nación debido a que aumentan los intercambios transnacionales.

Luego señala Santos, siguiendo a Tilly, que a diferencia de la globalización del siglo XIX, que fortaleció el poder de los Estados centrales, la actual tiene como consecuencia el debilitamiento de los poderes estatales. Además, suscribe lo dicho por Bob Jessop, en el sentido de que hay tres tendencias en la transformación del poder del Estado: la desnacionalización del Estado,

²¹ *Ibidem*, p. 182.

la desestatalización de los regímenes políticos y la internacionalización del Estado nacional. Para llegar a concluir que “Un análisis más profundo de los rasgos dominantes de la globalización política –que son de hecho los rasgos de la globalización política dominante–... nos lleva a concluir que tres componentes del consenso de Washington le son inherentes: El consenso del Estado débil, el consenso de la democracia liberal y, por último, el consenso del Estado de derecho y del sistema judicial.”²²

Bajo esa tesis, con las palabras empleadas para nombrar al primero de los consensos queda explícita su concepción del Estado en la era de la globalización, la de un Estado débil, que ve disminuido su poder, en tanto que el de la sociedad se fortalece, siguiendo la concepción del liberalismo original, aunque tiene razón al afirmar que resulta paradójico que “El Estado debe intervenir para dejar de intervenir, es decir, tiene que regular su propia desregulación.”²³

En segundo lugar, aludiremos a Bauman, quien al describir el nuevo escenario señala cinco características: el paso de la fase sólida de la modernidad a la líquida; la separación entre poder y política; la sistemática reducción de los seguros públicos; el colapso de la planificación y de la acción a largo plazo, así como la responsabilidad de los individuos de dar explicación de lo que acontece para tomar libremente sus decisiones y de los resultados que se produzcan. Nos enfocaremos al segundo de los aspectos mencionados.

Afirma que es inminente no sólo la separación, sino incluso el divorcio entre el poder y la política, no obstante que la modernidad tenía como base la conjunción de ambos en el Estado-nación, pero si así sucede ¿qué pasa con ambos?, la respuesta es contundente respecto de:

... la pareja de la que desde el surgimiento del Estado moderno y hasta hace bien poco se esperaba que compartiese la casa común constituida por el Estado-nación “hasta que la muerte los separase”. Gran parte del poder requerido para actuar con eficacia, del que disponía el Estado moderno, ahora se está desplazando al políticamente incontrolable espacio global (y extraterritorial en muchos aspectos); mientras que la política, la capacidad para dirigir la dirección y el propósito de la acción, es incapaz de actuar de manera efectiva a escala planetaria, ya que sólo abarca, como antes, un ámbito local.²⁴

La consecuencia que se produce como resultado de lo anterior, considera Bauman, es que las instituciones se debilitan y no alcanzan a dar las

²² Santos, Boaventura de Souza, *op. cit.*, nota 14, p. 183.

²³ *Ibidem*, p. 181.

²⁴ Bauman, Zigmunt, *Tiempos líquidos* (trad. Carmen Corral), México, CONACULTA-TusQuets editores, 2008.

respuestas que requieren los ciudadanos, por lo que no resuelven satisfactoriamente sus problemas o de plano no les dan alguna solución, ya que se percibe el poder creciente de “nuevos poderes emancipados”, entonces, el Estado se limita a una actuación subsidiaria y otros asumen sus funciones.

El resultado patético de la situación antes descrita, es la desprotección de la sociedad, habida cuenta que queda expuesta frente a fuerzas que ya no son controladas por el Estado que “pierde gran parte de su fuerza, que ahora se evapora en el espacio global... Lo que aún queda del poder y de la política del pasado en manos del Estado y de sus órganos ha menguado gradualmente hasta alcanzar una dimensión que encaja en el recinto de una gran comisaría de policía. Este Estado reducido apenas se las puede arreglar para ser otra cosa que un Estado de la seguridad personal”.²⁵

Coincidimos con los comentarios realizados con antelación por los citados autores, aunque es menester tener presente que la globalización se da a diferentes ritmos en las distintas sociedades y producen resultados no del todo iguales, por tanto, la respuesta que se origina es también diferenciada.

Esta realidad genera la necesidad de crear nuevas categorías para comprender el fenómeno del poder en la actualidad, una de ellas es la llamada “*gobernanza*”. El término es explicado por Aguilar, en el sentido de que la gestión de la sociedad va más allá de la acción gubernamental, la cual se abre a agentes económicos y sociales independientes que actúan con una lógica diferente a la política, en tal virtud, el significado de dicha palabra tiene que ver con lo siguiente:

... el hecho de que varias políticas sociales y servicios públicos han comenzado a llevarse a cabo mediante formas que ya no son exclusivamente gubernamentales burocráticas, sino que incorporan mecanismos de mercado y de participación de la sociedad y reseña que se introducen formas de asociación y cooperación del sector público con el sector privado y social para atacar problemas sociales endémicos y producir los futuros deseados.²⁶

Al ser llevado esto al ámbito de la sociología, Santos considera que es un concepto de gobierno más amplio que permite comprender el tránsito de “un modelo de regulación social y económica fundado en el papel central del Estado a una forma que reposa en sociedades y otras formas de aso-

²⁵ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

²⁶ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 84.

ciación entre organizaciones gubernamentales, paragubernamentales y no gubernamentales, en las cuales el aparato estatal tiene apenas funciones de coordinación *primus inter pares*.”²⁷

Ante ese escenario de debilitamiento del Estado-nación, el espacio público va siendo ocupado por diferentes fuerzas que han estado presentes a lo largo del proceso histórico, por ejemplo, lo que ocurre en México con las instituciones religiosas. Nos referimos a este país, pues la religión católica jugó un papel clave para la formación de su nacionalismo, ya que en sus orígenes existía una gran cantidad de grupos étnicos y clases sociales, por lo que era sumamente complejo lograr la cohesión entre ellos. Al respecto, Brading afirma: “El vínculo que unía a esta variada mezcla de razas y clases era más el catolicismo que una conciencia de nacionalidad... La invocación de temas históricos y religiosos como parte de la retórica patriótica servía para reducir la distancia que separaba a la élite de las masas...”²⁸

Así pues, desde la Conquista, hasta llegar a la época actual de cambio de paradigma en que el Estado ha disminuido su participación en diversos ámbitos de la vida social, la Iglesia católica ha estado presente en la vida política, social y cultural de México, jugando diferentes roles, ocupando espacios públicos, otras veces reducida a lo privado; legitimando la Conquista, o bien ciertos grupos de su interior cuestionándola; en ocasiones con actitud intransigente,²⁹ en tanto que en otras sufriendo embates del laicismo radical o militante,³⁰ hasta llegar al reconocimiento constitucional de su personalidad jurídica, y ahora abriéndose paso para tener más presencia en la esfera pública.

²⁷ Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, nota 14, p. 180.

²⁸ Brading, David, *Los orígenes del nacionalismo mexicano* (trad. Soledad Loaeza Grave), 2ª ed., México, Era, 1988, pp. 15 y 16.

²⁹ Es el término que emplea Roberto Blancarte, basado en Émile Poulat para referirse a la “actitud y posición doctrinal construida por la jerarquía católica, calificada como integral-intransigente porque no se deja reducir al ámbito espiritual, al mismo tiempo que se opone a los otros modelos sociales, particularmente el liberalismo y el socialismo”, y que utiliza como categoría que permite explicar el comportamiento de la aludida Iglesia en una época histórica en México. Blancarte, Roberto, *Laicidad y laicismo en América Latina*, visible en codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/1G31ANDQJAYLD8TBHTFM4EKLQYBB24.pdf, p. 154 y ss. (Fue consultado por última vez el 15 de julio de 2013).

³⁰ Ruiz Miguel se refiere a éste en los siguientes términos: “... Un entendimiento de la neutralidad como prohibición de toda manifestación externa de los cultos religiosos, abarcando mucho más que la razonable exclusión de la religión del ámbito estrictamente espiritual.” Ruiz Miguel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 8, p. 4.

Dicha tendencia es posible percibirla en distintos lugares, que no es otra que la pretensión de Iglesias como la católica de ocupar espacios públicos, al grado tal que Bovero afirma que dentro del contexto europeo, “las organizaciones eclesiásticas –sobre todo las de la Iglesia católica- reactivan el conflicto con la cultura laica, impulsando la reconquista de la ‘esfera pública’... de manera directa en el ámbito de la participación y de las instituciones estatales.”³¹

Ahora, si dirigimos nuestra mirada a los Estados latinoamericanos, también encontramos que el fenómeno religioso ha ocupado un papel trascendente en su historia, basta dar lectura a los textos constitucionales vigentes en varios países para percatarnos de lo anterior, verbigracia, al dar lectura a los preámbulos encontramos explícitamente la referencia a Dios: en Argentina, “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”; en Brasil, “promulgamos bajo la protección de Dios”; en Ecuador, “invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad”; en Perú, “invocando a Dios todo poderoso”, así como en Venezuela, “invocando la protección de Dios”.

En cuanto a la relación que existe entre el Estado y las iglesias, tenemos que su separación formal se realizó en diferentes momentos, según Blancarte: en “Colombia en 1853, México en 1857, Brasil en 1890 y posteriormente Panamá en 1904, Ecuador en 1906, Uruguay en 1916, Honduras en 1924, Chile en 1925, o Cuba en 1945”,³² entre otros, de tal manera que la laicidad ha jugado a diferentes ritmos y ha permeado con distinta intensidad.

A pesar de que con la llegada de los regímenes democráticos a América Latina, hubo “el reforzamiento del principal elemento de laicidad, es decir, el traslado de formas de legitimidad basadas en lo sagrado hacia las formas de autoridad política apoyadas en la soberanía popular”,³³ se puede advertir en lugares como México, la tendencia citada *supra*, lo cual se percibe, paradójicamente, en ciertas conductas de algunos gobernantes, que en la forma en que se dirigen a los ciudadanos y sobre todo en la que arengan, pareciera que conciben que su legitimidad es de tipo sagrada y no que proviene del pueblo. Al respecto, coincidimos con Blancarte, quien afirma que en México, “la amenaza a la laicidad no viene de las Iglesias, sino del propio Estado (entendido como el conjunto de instituciones políticas), que acude

³¹ Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 5, p. 14.

³² Blancarte, Roberto, *op. cit.*, nota 29, p. 156.

³³ *Ibidem*, p. 161.

crecientemente, en los últimos años, a las organizaciones religiosas en busca de legitimidad...”³⁴

Pero, independientemente de las causas por las que las Iglesias han ido incrementando su presencia en diversos lugares de América Latina y de los factores que las impulsan, lo cierto es que es un fenómeno que se está presentando en un escenario en el que el Estado-nación, como lo explicamos con antelación, ha perdido poder para resolver diversos problemas y “producir los futuros deseados”, a los que se refería Aguilar cuando explica el concepto de “gobernanza”.

Al respecto, consideramos que si bien en la deliberación que se lleva a cabo para la toma de decisiones en los Estados nacionales, deben participar todos los integrantes de la sociedad, creyentes y no creyentes, en forma individual u organizada, ya que es responsabilidad compartida de todos construir el marco en el que se desarrollan las relaciones e intercambios, pues la democracia debe ser deliberativa,³⁵ *las Iglesias, como agentes independientes de la acción estatal, tienen el derecho a expresar su opinión, pero deben tener una actitud tolerante y de respeto hacia todos los puntos de vista.*

No se desconoce que la pretensión de las Iglesias como la católica es aumentar su influencia —que siempre la han tenido en mayor o menor medida dependiendo del lugar y el momento al que nos referamos— en el diseño de políticas públicas, básicamente, en temas que son de su interés, tales como el aborto, los matrimonios entre personas del mismo sexo y la eutanasia, pues en algunas partes se ha reformado la legislación para su admisión, lo cual ha rechazado abiertamente;³⁶ sin embargo, consideramos que aunque en un Estado democrático todos tienen el derecho a opinar sobre temas como los mencionados u otros que estén en la agenda de las discusiones, lo importante es que el debate que se lleve a cabo tenga como premisa fundamental

³⁴ Blancarte, Roberto, *La laicidad mexicana; retos y perspectivas*. Fue presentado en el Coloquio laicidad y valores en un Estado Democrático, en la Ciudad de México, el 6 de abril de 2000, p. 13, visible en www.egrupos.net/cgi-bin/eGruposDMime.cgi?k-qnemo-CYSQWCvthC-noqdy-qlhhyCTWQcgb7. (La última consulta fue el 15 de julio de 2013).

³⁵ “La democracia es el único sistema de gobierno que garantiza el debate crítico de concepciones y medidas políticas, favoreciendo la percepción de sus posibles errores y de los intereses que puedan subyacer en ellas. Es también la única forma política que reconoce la autonomía y dignidad moral de los ciudadanos al atribuirles en conjunto la responsabilidad por la construcción del marco social en el que desarrollarán sus propios planes de vida.” Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política II. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 1987, p. 187.

³⁶ Sobre diversos temas polémicos que tienen que ver con la libertad de conciencia (en materia de religión), se recomienda dar lectura al libro de Nussbaum, Martha C., *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos* (trad. Álvarez, Alberto E. y Benítez, Araceli Mayra), TusQuets editores, México, 2010.

el respeto a la opinión del otro y como marco el pluralismo “que merece la protección de las instituciones jurídicas y políticas para la coexistencia pacífica entre personas que —legítimamente— creen y piensan distinto”.³⁷

Conviene recordar lo mencionado por Bobbio en cuanto a la formación del Estado liberal, que es esencial para un gobierno democrático:

El doble proceso de formación del Estado liberal puede ser descrito, por una parte, como emancipación del poder político del poder religioso (Estado laico) y, por otro, como emancipación del poder económico del poder político (Estado de libre mercado). Mediante el primer proceso de emancipación, el Estado deja de ser el brazo secular de la Iglesia, por medio del segundo, se vuelve el brazo secular de la burguesía mercantil y empresarial. El Estado liberal es el que permite la pérdida del monopolio del poder ideológico...³⁸

Debe respetarse el pluralismo que radica en la coexistencia de las diferentes formas de concebir al mundo, por tanto, se deben rechazar las tendencias monistas como los fundamentalismos y dogmatismos que no aceptan puntos de vista divergentes, por el contrario, debe haber *tolerancia* que sigue siendo útil a pesar de que se consagren constitucionalmente las libertades de conciencia y la religiosa,³⁹ derechos que están reconocidos por el artículo 12 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y el artículo 18 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, pues como afirman Oliva y Blázquez,

... una vez justificados los derechos, se convierte en una de sus mejores garantías, así como en un principio relacional, puesto que, por un lado puede resultar clave para la relación de la teoría de los derechos con otro tipo de

³⁷ Salazar Ugarte, Pedro, *Los dilemas de la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 0, p. 37.

³⁸ Bobbio, Norberto, “Liberalismo viejo y nuevo”, *El futuro de la democracia* (trad. Fernández Santillán, José F.), 3^a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 127 y 128.

³⁹ En México, el pasado 19 de julio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la reforma al artículo 24 de la Constitución General de la República, que quedó, en lo que interesa, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política... Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.”

discurso; y, al igual que habíamos visto respecto de la solidaridad, supera el aislacionismo egoísta, vivifica los otros valores y garantiza los derechos.⁴⁰

En cuanto al comportamiento del Estado frente a la libertad religiosa, debe ser de absoluto respeto a la totalidad de creencias y a tratar a todas las personas con base en el principio de igualdad y no discriminación, tal como lo establecen las aludidas Convenciones, las Constituciones de los Estados latinoamericanos y la *Observación General 22* del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de ahí que consideramos que debe hacerse presente la *laicidad*, y con ella los demás principios a que hemos hecho referencia así como la tolerancia, que históricamente hizo posible tal libertad y ahora es parte esencial de la cultura laica.⁴¹

Ahora bien, el texto que regula la actuación del Estado-nación y lo somete a límites en el ejercicio del poder, es la Constitución, entonces ella debe ser instrumento para hacer efectivo el pluralismo y la tolerancia, sin embargo, debe tomarse en cuenta lo sostenido por Serna, en referencia al proceso de globalización, "... si el poder político (estatal) se está transformando de manera relevante como lo manifiesta el análisis del concepto de gobernanza, entonces es lógico y natural que surjan cuestionamientos y discusiones alrededor de conceptos teóricos y dogmáticos (tradicionales) del derecho constitucional,"⁴² por lo que ya encontramos en los discursos, locuciones como "internacionalización del Derecho Constitucional" y "constitucionalización del Derecho Internacional",⁴³ de ahí que estimamos que independientemente de la nueva comprensión que tengamos de la Constitución y del Derecho Constitucional, reiteramos, siguen siendo esenciales

⁴⁰ Oliva Martínez, J. Daniel y Blázquez Martín, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 168.

⁴¹ "Las características mínimas [de la laicidad] se reducen a dos: el anti dogmatismo y la tolerancia". Bovero, Michelangelo, *op. cit.*, nota 5, p. 16.

⁴² Serna de la Garza, José María, "Globalización y derecho constitucional comparado", en Bogdandy, Armin Von, Mac-Gregor Ferrer, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Max-Planck/ Instituto Latinoamericano de Derecho Constitucional/UNAM, 2010, p. 764. En dicho ensayo se presenta de forma muy clara y sistematizada el estado del arte referente a la identificación, los cambios y el impacto de la globalización en el Derecho Constitucional.

⁴³ Un empleo de tales términos es utilizado para explicar el control de convencionalidad como nuevo paradigma para los jueces mexicanos. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, FUNDAp, 2012.

en el reconocimiento y garantía de las libertades referidas,⁴⁴ teniendo como base el pluralismo.⁴⁵

En efecto, nos encontramos en un momento de gran importancia por el cambio de paradigma al que hemos aludido a lo largo de este trabajo y que deja sentir sus efectos sobre el constitucionalismo y el Estado, pues incluso se ha llegado a mencionar la existencia de un “constitucionalismo sin Estado”,⁴⁶ tal como lo asevera Ferrajoli, al referirse a lo que denomina como “modelo ampliado del Estado de Derecho”,⁴⁷ cuando trata lo relativo al futuro del mismo. Explicaremos a continuación a qué se refiere.

En el análisis que hace del Estado de Derecho, dicho autor considera que se debe comprender el paso de un modelo normativo a otro: primero, del Derecho premoderno, de formación no legislativa, al modelo del Estado legislativo de Derecho, al que denomina paleo-iuspositivista, en el cual la producción jurídica está en poder del Estado; luego, el tránsito al Estado constitucional de Derecho, o neo-iuspositivista, en el que se subordina la legalidad a las Constituciones rígidas, de tal manera que “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”,⁴⁸ y, finalmente, hacia el citado “modelo ampliado del Estado de Derecho”, al que se llega “por la pérdida de la soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales.”⁴⁹

Ante tal panorama, Ferrajoli considera que “la única alternativa al caso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política...”⁵⁰

⁴⁴ “Como puede verse, la libertad religiosa o la libertad de convicciones o libertad ideológica tienen una importancia capital para el constitucionalismo. Las normas constitucionales han jugado un papel esencial para ganar espacios de libertad y retirar antiguos dogmas oscurantistas”, Carbonell, Miguel, *Laicidad y libertad religiosa en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 22.

⁴⁵ Véase Anderson, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 3.

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, México, UNAM/Trotta, 2003, p. 24.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁰ *Idem*.

Entonces, ante este cambio que se opera en el constitucionalismo y que evidentemente obliga a replantearse el rol del Estado constitucional, percibimos que ha habido un proceso de apertura del Derecho Constitucional al Derecho Internacional, concretamente, nos referimos a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico interno, y que incluso en algunos Estados sirve de parámetro de control de constitucionalidad (y de convencionalidad) para expulsar del ordenamiento jurídico las normas que están en contra de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que sean parte.

De ahí que consideramos que el constitucionalismo, con todo y la transformación que está sufriendo debido a la globalización, debe aprovechar el potencial emancipatorio de los derechos humanos⁵¹ y fijar su nuevo rostro, en el que la democracia sirva de marco para el ejercicio de éstos, pero para ello es obligada la presencia del *Estado constitucional* que los respete, proteja, garantice y promueva, regido por el *principio de igualdad y no discriminación*, por el *pluralismo* y el *principio de laicidad* en el que subyace la idea de *tolerancia*, que es la mejor garantía, como históricamente se ha demostrado, para hacer efectiva la libertad religiosa, aun cuando existan elementos que revelan autoritarismo y que quisieran conducirnos, como lo expresa Gutiérrez, a “la negación del Otro y del pluralismo de creencias”,⁵² por lo que consideramos que continuará siendo instrumento efectivo para la coexistencia pacífica entre todas las personas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- ANDERSON, Gavin, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, Hart Publishing, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre* (trad. Carmen Corral), México, CONACULTA-TusQuets, 2008.

⁵¹ Referente a un marco analítico “para resaltar y apoyar el potencial emancipatorio de la política de los derechos humanos”, véase Santos, Boaventura de Souza, *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre editores, 1998, pp. 345-367.

⁵² Gutiérrez Martínez, Daniel, “Religiosidad y creencias en un mundo intercultural”, en *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, Gutiérrez Martínez, Daniel (ccord.), México, El Colegio de México/XXI siglo veintiuno editores, 2006.

- BERGER, Peter, “Globalización y religión” en *Las religiones en la era de la globalización*, consultado en es.escribd.com/doc/100034668/Globalizacion-yReligion-Peter-Berger.
- BLANCARTE, Roberto J., “Laicidad y multiculturalismo”, en Gutiérrez Martínez, Daniel, *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, México, El Colegio de México-XXI siglo veintiuno editores, 2006.
- , *Laicidad y laicismo en América Latina*, consultado en codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/1G31ANDQJAYLD8TBHTFM4EKLQYBB24.pdf.
- , *La laicidad mexicana; retos y perspectivas*. Fue presentado en el Coloquio laicidad y valores en un Estado Democrático, en la Ciudad de México, el 6 de abril de 2000, consultado en www.egrupos.net/cgi-bin/eGruposDMime.cgi?k-qnemo-CYSQWCvthCnoqdy-qlhhyCTWQcgb7.
- BOBBIO, Norberto, “Liberalismo viejo y nuevo”, *El futuro de la democracia*, (trad. Fernández Santillán, José F.), 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- BOVERO, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 2.
- BRADING, David, *Los orígenes del nacionalismo mexicano* (trad. Soledad Loaeza Grave), 2ª ed., México, Era, 1988.
- CARBONELL, Miguel, *Laicidad y libertad religiosa en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 22.
- CASANOVA, José, “Religiones públicas en un mundo global” en *Las religiones en la era de la globalización*, consultado en <http://www.iglesiaviva.org/218/218-31-DEBATE.pdf>.
- CHIASSONI, Pierluigi, *Laicidad y libertad religiosa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 10.
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, México, UNAM Trotta, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, FUNDAp, 2012.
- GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel, “Religiosidad y creencias en un mundo intercultural”, en *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, Gutiérrez Martínez, Daniel (coord.), México, El Colegio de México-XXI siglo veintiuno editores, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, “Apostillas sobre una sociedad secular”, consultado en [http://www.signandsight.com/featurres/1714.html\(N.delT\)](http://www.signandsight.com/featurres/1714.html(N.delT))
- IANNI, Octavio, *La era del globalismo* (trad. Tavares Matrángelo, Claudio), 3ª ed., México, XXI siglo veintiuno editores, 2004.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política II. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 1987, p. 187.
- NUSSBAUM, Martha C., *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos* (trad. Álvarez, Alberto E. y Benítez, Araceli Mayra), Tusquets editores, México, 2010.
- OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel y Blázquez Martín, Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- RUIZ Miguel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 8.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Los dilemas de la laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, Colección de cuadernos “Jorge Carpizo”. Para entender y pensar la laicidad, núm. 0.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Los procesos de globalización”, en *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva teoría política*, Colombia, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- , *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre editores, 1998.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “Globalización y derecho constitucional comparado”, en BOGDANDY, Armin Von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max Planck-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- STÅLSETT, Sturla J. “Religión en la globalización: ¿Integración o resistencia?”, consultado en www.koed.hu/talitha/sturla.pdf.

LA DISPUTA POR LOS DERECHOS

Pedro SALAZAR UGARTE*

I.

Norberto Bobbio sostenía que la democracia, los derechos humanos y la paz eran tres etapas de un mismo movimiento histórico.¹ La conexión entre los tres conceptos tenía sustento teórico pero, sobre todo, una dimensión práctica. No solo se trataba de implicaciones conceptuales y nexos lógicos sino de una agenda política –todavía vigente– en la que un elemento depende de los otros para su realización. En este texto me interesan los dos primeros eslabones de dicha cadena: la democracia y los derechos. La tesis que retomo es sencilla y no es original pero sí es relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada y, a su vez, orientada por la autonomía política de las personas. Se trata de la vieja idea –desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero– de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos.

Desde esta perspectiva todas las democracias son, necesariamente, constitucionales. Esto se explica porque el connubio entre el constitucionalismo de los derechos y la forma de gobierno democrática –al menos en la dirección que va desde los primeros hacia la segunda– es lógicamente necesario y no meramente contingente. ‘Sin derechos garantizados no hay democracia posible’ sería la fórmula que recoge esta ecuación. De hecho, cuando las reglas de la democracia –los universales procedimentales bobbianos²– operan

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Cfr., Bobbio, N., *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997.

² Los “universales procedimentales”, como sabemos, según Norberto Bobbio, son: 1) Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y/o de elegir quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás (debe contar por uno);

en contextos en los que los derechos no están garantizados, decimos que se trata de ‘democracias aparentes’.³ Por lo mismo resulta atinado afirmar que uno de los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días proviene de la desprotección de los derechos -humanos o fundamentales⁴- que le ofrecen sustento.

Es importante precisar que esa falta de garantía no se traduce inmediatamente en una violación activa de los derechos por parte del poder público sino que, en múltiples circunstancias, se materializa mediante omisiones estatales que generan contextos en los que los derechos son vulnerados por otros actores. Desde esta perspectiva se puede afirmar que pueden existir *situaciones de desprotección* de los derechos humanos que no coinciden con su violación directa. Los Estados que pretenden ser democráticos suelen reconocer un amplio catálogo de derechos humanos o fundamentales en sus constituciones (o documentos normativos equivalentes) pero ello no implica que las leyes secundarias y, sobre todo, las políticas públicas estén orientadas a brindar garantías efectivas a los mismos. Así las cosas, aunque se encuentren constitucionalmente reconocidos, los derechos pueden encontrarse políticamente desprotegidos. En ese supuesto nos encontramos, como sostiene Riccardo Guastini, ante “derechos de papel”.

Esta situación provoca situaciones en las que el carácter de ‘apariencia’ trasciende a la democracia y alcanza al constitucionalismo. Existen estados que son *aparentemente* democrático-constitucionales porque, aunque las instituciones de este modelo de organización político estatal se encuentran

3) todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia *libre* entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría (en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría). Cfr. N. Bobbio, *Teoría General de la Política*, Einaudi, Turín, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas y/o instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. Cfr. Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, Conaculta y Alianza Editorial, México, 1991.

³ Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

⁴ El tema de la terminología de los derechos es teóricamente interesante pero, en la práctica, ha sido superado por la dinámica de los ordenamientos jurídicos comparados. Desde mi perspectiva, el concepto de derechos fundamentales es el que mejor adhiere al constitucionalismo contemporáneo pero múltiples constituciones e instrumentos internacionales han adoptado el de los derechos humanos.

formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etcétera. Si pensamos en los países de América Latina encontraremos múltiples casos de esta simulación. De hecho, hace algunos años el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advertía que los estados latinoamericanos tendrían que sortear un desafío inédito de cara al Siglo XXI que consistía en conjugar su democratización con la desigualdad y la pobreza que los caracteriza. A ello habría que agregarle la consolidación de una cultura clientelar y del privilegio. Hoy sabemos que el reto no ha sido sorteado de forma promisoría.

Sin embargo, también cierto que, al menos desde la década de los años noventa del Siglo XX prácticamente todos los países latinoamericanos adoptaron constituciones democráticas que recogen múltiples derechos humanos. Con la excepción de Cuba, en la región se plasmaron las instituciones democráticas –competencia, partidos y elecciones– en documentos constitucionales que también reconocen amplios catálogos de derechos. Algunos países siguieron el modelo democrático constitucional europeo de posguerra (como en el caso de Colombia y México), otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” (Venezuela, Bolivia y Ecuador, fundamentalmente) y unos más asumieron diseños intermedios (como Brasil o Argentina) pero lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.

Desde una perspectiva simbólica se trata sin duda de una buena noticia pero, en los hechos, la región sigue siendo tierra de privilegios y feudo de clientelas. La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina, los derechos sirven como moneda de cambio en las transacciones políticas, como formulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse, van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Esto último es palpable, sobre todo, en los documentos constitucionales de los países del “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” que, por una parte, recogen una cantidad ingente de derechos y a la vez, desde el “cuarto de máquinas⁵” de las propias constituciones, articulan arreglos institucionales autocráticos (que, paradójicamente, se envuelven desde las plazas con una retórica de democracia radical). De ahí que lo que predomine sean los presidencialismos extremos y la retórica de los derechos.

⁵ La metáfora es de Roberto Gargarella. Sobre estos temas, cfr. Salazar P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos Latinoamericanos*, Fontamara, México, 2013.

II.

Para eludir la retórica de los derechos, cuando hablamos de los mismos y de sus garantías, es útil recuperar algunas premisas que ofrece la teoría jurídica. Sintetizo algunas de las más relevantes relacionadas, primero, con el concepto: a) una cosa es “el *derecho*” (*the law*) y otra “un derecho subjetivo” (*a right*);⁶ b) los derechos subjetivos adquieren su significado en el ámbito del *derecho*; c) no todos los derechos subjetivos son “derechos fundamentales”; d) pero todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; e) los derechos fundamentales y los “derechos humanos” son equivalentes; f) los derechos subjetivos son expectativas (a recibir prestaciones o a que no se nos causen lesiones); g) dichas expectativas, para ser derechos subjetivos, deben estar jurídicamente sustentadas; h) los derechos fundamentales suelen estar en las constituciones pero también pueden encontrarse en otros documentos [por ejemplo en un tratado internacional o en una ley secundaria].

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas; i) la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; j) esa obligación es el contenido del derecho; k) el sujeto obligado puede ser el estado o un sujeto particular; l) en el caso de los derechos fundamentales el sujeto obligado suele ser –aunque no necesariamente es– el estado; m) existen derechos sin garantías [lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas];⁷ n) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; o) cuando esto sucede es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídicas; p) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; q) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; r) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados; s) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas ignorando que los derechos humanos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas

⁶ Cfr. Guastini, R., *Distinguendo*, Giapichelli, Turín, 1996.

⁷ Ésta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los Derechos Fundamentales. Cfr., Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del Diritto e della Democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Existe una traducción al castellano (Trotta, 2010).

premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en otras dimensiones. Al sostener que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el estado, que requieren de garantías institucionales, etcétera, se evoca su carácter multidimensional. Esta es una conclusión ineludible porque, para convertirse en realidades, los derechos, demandan acciones complejas; algunas de las cuales, en los hechos, incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad. En lo que sigue argumentaré que la cultura en general y, en particular, la cultura de los juristas es un factor relevante en este terreno. Subrayaré, sobre todo, el papel que tiene el Poder Judicial como garante institucional último de los derechos humanos o fundamentales.

III.

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que éstos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he advertido que, en realidad, los derechos como fenómenos complejos requieren de garantías políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar reclamos de manera institucional. Cuando pensamos en los derechos humanos nos encontramos con que los jueces son los responsables de canalizar las demandas de las personas hacia los diferentes poderes del Estado y de garantizar que las mismas sean atendidas. Si esta función falla los reclamos legítimos quedan insatisfechos y el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

Por eso es tan relevante el tema de la independencia judicial. Un atributo que debe distinguir a todos los jueces ante todos los poderes. A los juzgadores les corresponde colocarse del lado de los derechos y oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. Su misión es estratégica porque, como sostenía McIlwain, “la única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.⁸ Al realizar esta tarea, es importan-

⁸ McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Nueva York, 1947.

te advertirlo, los jueces operan desde el derecho pero realizan una actividad que conlleva una dimensión política. Esto es inevitable dadas las características de los ordenamientos constitucionales contemporáneos y el papel que les toca a los jueces como garantes de los mismos. Incluso Hans Kelsen, en su *Teoría Pura del Derecho*, advertía esta politización ineludible de la justicia:

La pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’ en el marco del derecho aplicable –decía Kelsen–, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, en lo esencial, la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta.⁹

Detrás de esta advertencia se encuentra la premisa bobbiana de que el poder y el derecho son las dos caras de una misma moneda. Cuando se trata de la labor jurisdiccional esta implicación recíproca emerge con claridad. Ello, sobre todo, cuando las decisiones de los jueces –en particular de los llamados jueces constitucionales– tienen que ver con la garantía de los derechos humanos o fundamentales. Al buscar la mejor solución para un dilema jurídico que involucra derechos, los jueces, tienen que optar entre soluciones posibles alternativas y, al decidir, además, deben tener presente que provocarán consecuencias que trascienden al ámbito estrictamente jurídico y que tendrán implicaciones políticas, económicas, sociales. Por eso es importante garantizar que los juzgadores, además de ser técnicamente diestros en cuestiones legales, tengan un bagaje cultural comprometido con la agenda de los derechos y de la democracia.

En virtud de que la garantía efectiva de los derechos constituye una precondición de la democracia y, dado que los jueces son los garantes últimos de los primeros, entonces, esta forma de gobierno depende en una medida considerable de la cultura y de la acción judiciales. La ignorancia, la negligencia o la oposición ideológica de algunos jueces hacia la agenda de los derechos humanos representa un riesgo para la democracia.

IV.

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta por parte de actores sociales relevantes (líderes de opinión, intelectuales, juristas) hacia éstos son factores

⁹ Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 1982, p. 353.

que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que generan contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. Después de todo, las sociedades políticas tienen una moral positiva que interactúa con la moral individual de los miembros que las componen.¹⁰

Ambos tipos de moral –positiva e individual– son contingentes y están históricamente determinadas por lo que inciden una sobre las otras y se redefinen de manera recíproca y simultánea. Si los principios y valores concretos que dotan de contenido a los derechos humanos (autonomía, dignidad, libertad, igualdad, básicamente), forman parte de la moral positiva de la sociedad, es muy probable que también formen parte del acervo axiológico de muchas personas y lo mismo vale en la dirección opuesta: si las personas hacen suya y promueven la agenda de los derechos, seguramente, ésta se afirmara como un punto de referencia moral compartido. Pero lo contrario también es posible y, por desgracia, frecuente. La ignorancia o el abierto desprecio hacia los principios y valores que se articulan en clave de derechos suelen colonizar –devaluándola– la moral positiva de muchas sociedades y en ese proceso inciden y se refuerzan las morales individuales.

En el difícil proceso de construcción de una cultura de los derechos resulta fundamental la socialización y difusión de las razones que dotan de sustento y sentido a los derechos humanos y, en paralelo, es necesario combatir con la ayuda de la historia y la fuerza de los argumentos a los detractores y enemigos de los mismos. En esa gesta intelectual y política se disputa en buena medida la disyuntiva que separa a la democracia de las múltiples opciones autocráticas. O, en otros términos pero con igual sentido, está en juego la afirmación de la libertad frente al autoritarismo. Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los Estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias –sobre todo de los jueces constitucionales–, además de resolver litigios concretos, tienen una función pedagógica que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado.

En cierta medida, así como la politización de la justicia es ineludible y contrario a las pretensiones de las teorías formalistas como el positivismo clásico, los jueces constitucionales también deciden echando mano de sus

¹⁰ Sobre este tema, cfr., Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 187-210.

convicciones personales. Esta es una tesis desarrollada por distintas aproximaciones teóricas al fenómeno jurídico –destacadamente el realismo pero también desde otros enfoques que abrevan de las ciencias sociales- que no puede ignorarse. Tanto menos en contextos normativos como los de las democracias constitucionales en los que los derechos están recogidos a través de principios abstractos susceptibles de múltiples interpretaciones: igualdad, dignidad, libertad, autonomía, etc. Esto supone que los jueces, al momento de resolver los casos concretos, cuentan con un margen de apreciación que conlleva una cuota de discrecionalidad inevitable. Por lo mismo, al momento de emitir una sentencia, tendrá un peso relevante la moral individual de los juzgadores. Sobre todo, obviamente, si la decisión versa sobre cuestiones controvertidas.

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott versus Sandford*¹¹ –probablemente la más lamentable decisión de la Corte Norteamericana en más de un siglo- de la sentencia *Brown versus Board of Education*¹² encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de los derechos Humanos en el caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs Chile)¹³” y ubicamos la decisión en el cam-

¹¹ El protagonista de este caso, Dred Scott, era un esclavo que –después de un largo proceso judicial- elevó a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dos peticiones fundamentales: su libertad y el reconocimiento de su calidad de ciudadano de ese país. El 6 de marzo de 1856 se hizo pública la sentencia de la Corte que, por amplia mayoría y siguiendo la línea argumentativa planteada por su Presidente, el *justice* Taney, concluyó, básicamente, que: a) las personas de color, aunque fueran libres, no podían ni podrían obtener la ciudadanía estadounidense; b) Scott debía seguir siendo esclavo aunque hubiese vivido temporalmente en un estado que había abolido la esclavitud (Illinois); c) su situación jurídica dependía de la legislación del Estado en el que entonces vivía (Missouri). Algunos estudiosos han considerado que esta decisión fue uno de los muchos factores que propiciaron la Guerra Civil. Cfr., Beltrán de Felipe, M., J., González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

¹² Se trata de una de las sentencias más conocida y celebrada de las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el Siglo XX. Linda Brown era una niña negra que tenía que caminar varios kilómetros para llegar a la escuela; ello a pesar de que existía un colegio a pocas cuadras de su casa. El problema era que éste último era un colegio para niños blancos. Su caso, entre otros similares -que quedaría simbólicamente representados por el “caso Brown”- llegó a la Corte en 1955 y provocó una decisión histórica que terminó con la segregación racial en las escuelas americanas. Gracias a este asunto, la “Corte Warren” superó el paradigma “iguales pero separados” dominante hasta entonces y lo sustituyó por un paradigma verdaderamente igualitario.

¹³ La sentencia de la Corte Interamericana conocida como “La Última Tentación de Cristo” es relevante por varias razones. En primer lugar porque versa sobre un caso de

bio de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictadoras hacia las democracias electorales en la región. Gracias a las decisiones de esa instancia jurisdiccional de carácter internacional algunos estudiosos empiezan hablar de la creación de un “Corpus Iuris Interamericano” que supondría, precisamente, un cambio en la cultura jurídica de la región orientado por los derechos humanos. Una transformación de la moral positiva dominante.

Recientemente, en México, por ejemplo, sucede algo similar cuando se menciona la sentencia de esa misma Corte en el caso “Rosendo Radilla vs México¹⁴” y, se aterrizaje nacional en el expediente varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁵ En esos documento está contenida la tendencia –que no logra imponerse pero se mantiene firme– hacia la apertura de la agenda de los derechos desde los ordenamientos nacionales al circuito internacional con la ampliación de derechos y garantías que la misma conlleva. Para algunos –como mostraré al final de este ensayo– esas decisiones están representando todo un cambio de paradigma cultural desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos. Si esta tendencia lograra consolidarse, se trataría de una transformación cultural impulsada por las cortes en clave garantista.

censura y libertad de expresión porque las autoridades chilenas –el Consejo de Calificación Cinematográfica, primero y el poder judicial después– habían prohibido en 1988 la difusión de la película con ese nombre. En segundo lugar porque se trató de una caso acaecido al cabo de la dictadura de Augusto Pinochet y, por lo mismo, en pleno proceso de transición democrática en Chile. Finalmente porque la Corte IDH, en 1997, condenó al Estado chileno, entre otras medidas, a modificar su legislación –reformando su constitución y las leyes correspondientes– para garantizar la libertad de pensamiento y de expresión en el país.

¹⁴ La sentencia al caso Rosendo Radilla vs México fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Al comprobar la desaparición forzada del Sr. Radilla, un militante político de izquierda en los años setenta del Siglo XX, por el Ejército mexicano, los jueces de la Corte IDH ordenaron, entre otras medidas, reformar la legislación vigente para terminar con el fuero militar, buscar el cuerpo del Sr. Radilla, indemnizar a sus familiares, realizar un acto de reconocimiento y disculpa público. El caso también fue relevante porque sentó las bases para que los jueces mexicanos llevaran a cabo el llamado “control de convencionalidad” y ajustaran sus interpretaciones a las emitidas por la propia Corte IDH.

¹⁵ Se trata del posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana frente a la sentencia de la Corte IDH al caso Radilla. Después de intensas discusiones entre sus integrantes –aun no solventadas del todo–, una mayoría de ministros, determinó que las resoluciones de esa corte internacional son vinculatorias para todos los poderes en México y que los jueces nacionales si están obligados a llevar a cabo un “control de convencionalidad” a partir de la Convención Americana y las interpretaciones que hace de la misma la Corte IDH.

V.

Es un hecho sabido que a los derechos humanos los amenazan y los vulneran los poderes. Tradicionalmente el Estado –dentro del que se cuenta y se encuentra al propio Poder Judicial- que durante siglos ha sido la entidad causante de torturas, censuras, discriminaciones, desapariciones, etcétera. Pero también, como la teoría contemporánea ha venido afirmando, las organizaciones privadas poderosas. Esos que Ferrajoli llama los *poderes salvajes* y que suelen crecer de la mano del dinero y del control ideológico o mediático. Legales o ilegales que éstos sean, todos los poderes, potencialmente constituyen una amenaza para los derechos de millones de personas en todo el mundo. Esto se comprende con mayor facilidad si recordamos que el trabajo, la alimentación, la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, entre otros, también son derechos humanos. Así que no solo se trata de evitar violaciones a las libertades o a la integridad personal sino también de crear normas e instituciones que salvaguarden a los derechos sociales.

De hecho las constituciones contemporáneas advierten que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, respetar, proteger, y garantizar todos los derechos. Se trata de un reto mayúsculo que coloca a los estados democráticos en una situación difícil. Por un lado deben diseñar instituciones e implementar políticas que inhiban las violaciones a los derechos que provienen del propio poder estatal y, por el otro, deben impedir las violaciones provocadas por los poderes privados. Solo así se logra evitar que los ciudadanos se conviertan en súbditos y las personas en clientes. De nuevo emerge una disputa cultural porque la cultura de los derechos es la opuesta a la cultura del poder. El problema es que ésta última es en sí misma muy poderosa y responde a una lógica de acumulación y concentración difícil de revertir. Pensando precisamente en la vocación del poder hacia la concentración, Michelangelo Bovero, recuerda la siguiente idea de Thomas Hobbes:

El poder de un hombre [...] viene determinado por sus medios actuales para obtener algún bien futuro aparente. Y es original o instrumental. El poder natural es la eminencia de las facultades corporales o mentales, como extraordinaria fuerza, belleza, prudencia; artes, elocuencia, liberalidad, nobleza. Son instrumentales los poderes que, adquiridos por los anteriores o por la fortuna, constituyen medios e instrumentos para adquirir más bienes: riquezas, reputación, amigos y aquel secreto obrar de los dioses que los hombres llaman buena suerte. Porque la naturaleza del poder es en este punto como la fama, creciente, según procede [...] El mayor de los poderes humanos es el

compuesto por los poderes de la mayoría de los hombres unificados en una persona por consentimiento [...] tal como acontece con el poder de un Estado. Igualmente pasa con el poder de una facción, o de diversas facciones aliadas. En consecuencia, tener siervos es poder; tener amigos es poder. Por que se trata de fuerzas unidas. También las riquezas [...] son poder porque procuran amigos y siervos [...] La reputación de poder es poder, porque trae con ella la adhesión de quienes necesitan protección.

Sobre esta base, el propio Bovero señala lo siguiente: “Yo no creo que haya cambiado radicalmente la sustancia del poder”¹⁶. No lo cree, prosigue, porque “cuanto más sofisticados y eficaces son los medios tanto más grande y peligroso resulta el poder. También por esto el problema del poder y de sus formas en la sociedad contemporánea se presenta mucho más complejo de lo que pudiera aparecer a los ojos de Hobbes.¹⁷” Para Bovero la confirmación de esta tendencia no depende de una conjetura teórica sino de una realidad que tenemos delante de los ojos: la confusión entre “soberanía y propiedad, entre poder político y poder económico, entre relaciones públicas y relaciones privadas (típicas entre éstas las formas del clientelismo, para no decir más acerca del tejido entre corrupción y extorsión erigido como sistema)”¹⁸.

Se trata de una tendencia, remata Bovero, que algunos llaman neopatriarcal y que en los últimos años ha adoptado “formas inéditas, ampliamente inesperadas y en algunos casos asombrosas, hasta la sobreposición manifiesta de las dos esferas, la económica y la política, y la identificación personal de los poderes correspondientes¹⁹”. Bovero piensa en su país, Italia, pero arroja una advertencia con vigencia universal: “aún más inédito (...) es el caso de la confusión entre el poder político y un poder económico que coincide materialmente con el control de relevantes medios de información y de persuasión, esto es, con una forma de poder ideológico.”²⁰ Esta amalgama y confusión entre poderes constituye la principal amenaza para los derechos en el mundo contemporáneo porque la concentración del poder, como advertía Montesquieu (pensando en principio en el poder político), se traduce en la pérdida de la libertad.

Esta transformación que conduce a la kakistocracia —al gobierno de los peores según el neologismo acuñado por el propio Bovero—, se acompaña

¹⁶ Bovero, M., “Los desafíos actuales de la democracia”, Instituto federal Electoral, México. Cfr. http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/Los_desafios_actuales.htm

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

por un proceso de degeneración cultural. La moral positiva del neopatrimonialismo es la del privilegio, el clientelismo, la discriminación y las desigualdades. Una fórmula que, en los hechos, opera mediante la consolidación de “caudillismos posmodernos” encumbrados por “siervos contentos”, remata el filósofo de Turín. Nada que ver con la agenda axiológica y programática de los derechos humanos o fundamentales. Así que el reto para los garantes de los mismos –dentro de los cuales destacan los jueces– se redobla. La independencia judicial frente a los diferentes poderes se confirma como una medida estratégica para salvaguardar la agenda de los derechos y, a través de ésta, para la democracia misma.

Ello es particularmente relevante cuando, como remata Bovero, los poderes se funden y se confunden con potencial lesivo sin precedentes dado el desarrollo tecnológico, la globalización y los modelos económicos dominantes. El caso de Italia –que él tienen en mente– es ilustrativo porque constituye un laboratorio perfecto de estos procesos pero, de alguna manera, también lo es para comprender la relevancia del poder judicial. Una de las razones por las que la democracia en ese país no ha desaparecido del todo –a pesar del berlusconismo que ha desfondado y vaciado de contenido mediante una operación política, económica y cultural nunca antes vista– es la subsistencia de algunas instituciones de garantía que resisten y subsisten. La principal de ellas ha sido una magistratura independiente. Italia no ha degenerado en una dictadura, entre otras razones, porque existen jueces todavía dispuestos y capaces de defender la constitución y de encarar al contubernio de los poderes.²¹

VI.

La amenaza desde el poder (mejor dicho, desde los poderes) engarza con la amenaza desde la cultura. Si las personas ignoran la importancia y el significado de los derechos terminan abonando el terreno de quienes desprecian deliberada e intencionadamente estos bienes fundamentales. En este ámbi-

²¹ Un ejemplo elocuente es la condena a siete años de prisión y la veda definitiva para ejercer cargos públicos que las juezas de Milán Giulia Turri, Orsola De Cristofaro y Carmen D’Elia impusieron a Berlusconi el 24 de junio de 2013. La sentencia por corrupción de menores y abuso de autoridad llegó a pesar de múltiples presiones desde el poder a la judicatura. El propio Berlusconi declaró que la decisión: “Han pronunciado una sentencia increíble, de una violencia que no se había visto hasta ahora, para eliminarme de la vida política de este país”. En solidaridad con el condenado, el Vicepremier del Gobierno, Angelino Alfano, aliado político de Berlusconi, hizo público que: “llamé a Berlusconi para manifestarle la más profunda amargura y el inmenso dolor”.

to, la ignorancia y la indolencia son aliados silenciosos de las ideologías y los intereses iliberales y autoritarios. Y también lo son las estrategias discursivas y políticas que dicen estar a favor de los derechos pero, en realidad, cultivan contextos normativos e institucionales en los que los derechos se convierten en fórmulas vacías o en cláusulas retóricas. Esta estrategia, por lo menos en Latinoamérica, es típica de algunos regímenes de corte populista que conciben a la democracia como un proyecto político mayoritario y sectario que se articula sobre una retórica constitucional inspirada en el discurso de los derechos pero que funciona orientada por la lógica de las clientelas.

En los países que han adoptado esa forma de organización política se ha gestado una política adversa a los poderes judiciales y a los controles que estos imponen en particular sobre el Poder Ejecutivo. Bajo el argumento de que la división de los poderes es una institución liberal y arcaica que debilita al Estado y obstaculiza la realización de los proyectos progresistas que los gobiernos en turno impulsan; en países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, los poderes judiciales —en particular la Justicia Constitucional— han sido desmantelados, controlados o cooptados por la política.

En algunos casos esta operación se ha construido desde la Constitución —por ejemplo mediante la elección directa de los miembros de las cortes por parte de los ciudadanos— y en otros a través de acciones políticas —por ejemplo reduciendo o ampliando el número de integrantes de las Cortes para favorecer los intereses del gobierno en turno. De esta manera, por una u otra ruta, la independencia judicial ha sido neutralizada desde el poder político. Lo interesante es que, no siempre sin razón, esta operación con frecuencia hace leva en la presunta dependencia de los jueces a los poderes privados. Los gobiernos alegan que el poder judicial responde a intereses espurios de actores privados poderosos que se oponen al cambio progresista —grupos económicos, corporativos mediáticos, etc.— y, por lo mismo, ante dicha dependencia, deciden controlarlos. Por donde quiera que se mire, el resultado de la ecuación es el mismo: nula independencia judicial.

Ciertamente esto no vale para todos los países de la región porque existen casos como el de Colombia en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional²² pero la tendencia hacia la politización de la justicia está latente. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Suprema Corte declaró inconstitucional una

²² Si bien existe alguna polémica en torno a los alcances que los jueces de ese país le han dado a la garantía de algunos derechos sociales, se trata de un tribunal constitucional independiente y técnicamente muy sólido.

ley impulsada por el gobierno para que la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura fuera mediante el voto popular con lo que el gobierno pretendía controlar al aparato judicial. La respuesta desde el Poder Ejecutivo fue virulenta. La Presidenta Cristina Fernández amagó a la justicia con declaraciones públicas como las siguientes:

Es tan maravilloso creer que la voluntad popular está por encima de cualquier otro poder, que me cuesta que en este siglo XXI, en este tercer centenario de la República, estén impidiendo a los argentinos votar.

Cualquiera tiene derecho a preguntarse si hubo malos gobiernos. Podemos decirlo eso en tiempos donde los argentinos no teníamos el derecho a votar y nos imponían el yugo de las dictaduras. Pero los argentinos podemos votar y elegir libremente, al menos dos de nuestros poderes, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo²³.

Semanas más tarde, al celebrar el día de la Independencia (el 9 de julio), remató su posicionamiento mostrando la tesis de la supuesta (¿o real?) dependencia de la justicia al poder económico:

“Ya democratizamos al Ejecutivo y al Legislativo (...). Nos falta la otra reforma, la que queremos hacer, la de la Justicia (...) Qué nadie me venga a hablar de seguridad si antes no me habla de reformar la Justicia”.

“Que la justicia no dependa de plata que le ponen (...) No se puede tener independencia de los intereses de la Nación y del pueblo”.

Estas y otras declaraciones —que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países que han sido mencionados— fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula el sentido y también las dificultades que conlleva la independencia judicial. No sobra hacer explícito que el constitucionalismo democrático está siendo desmantelado en estos países y ha sido sustituido por una forma de populismo que hecha mano de la retórica de los derechos para legitimar la concentración del poder en sede ejecutiva.²⁴

²³ Ambas declaraciones provienen del discurso realizado en el marco del Aniversario de la Constitución (21/06/13) y pueden consultarse en la cuenta de Twitter de la Presidenta argentina.

²⁴ cfr. Salazar P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos Latinoamericanos*, Fontamara, México, 2013. En particular los capítulos I y II.

VII.

En México la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia de los jueces ante los poderes del Estado. En particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación —que es a la vez Tribunal de Casación y Tribunal Constitucional— ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la constitución. En este sentido es posible afirmar que la tendencia en México se orienta venturosamente más hacia el modelo colombiano que hacia los ejemplos populistas. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No solo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede decirse de las instancias judiciales inferiores sino, sobre todo, porque la justicia local —que es la que queda más cerca queda de los ciudadanos— sigue dependiendo políticamente de los gobernadores y es sumamente deficiente desde el punto de vista técnico. Por lo mismo, desde una perspectiva integral, el fortalecimiento de la justicia sigue siendo un reto pendiente en el país.

Al desafío que supone el fortalecimiento institucional de la justicia —mayor independencia y mejores capacidades— debemos agregarle el reto cultural. Los jueces en México no terminan de adoptar el lenguaje de los derechos y no asumen su responsabilidad como garantes de los mismos. Ello, como ya se ha argumentado, inhibe la consolidación de la democracia constitucional en el país. No obstante, en el tercer lustro del Siglo XXI, se vive una coyuntura excepcional que podría detonar una transformación alentadora para esa forma de gobierno. El factor determinante es la reforma constitucional en la materia de derechos humanos que fue aprobada en junio de 2011 y que abre las puertas para una nueva dinámica judicial orientada en clave garantista. A continuación describiré las coordenadas generales de esa modificación constitucional y, para finalizar, daré cuenta de la disputa cultural que la misma ha desencadenado. Una verdadera disputa por los derechos.

VIII.

Los alcances potenciales de la constitucional de 2011 en materia de derechos humanos emergen de cinco ejes estratégicos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el

fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); e) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas²⁵. En particular, el artículo 1º de la constitución, que conviene citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”²⁶:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzaran, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Para los efectos que nos interesan en este trabajo vale la pena resaltar las siguientes piezas constitucionales (que, en su mayoría, son verdaderas novedades) incluidas en la disposición: a) los derechos son llamados por su nombre y no ‘garantías individuales’ como lo hacía la redacción precedente; b) se establece que los derechos son reconocidos y no otorgados como sucedía anteriormente²⁷; c) se amplía la base normativa en la que se recogen

²⁵ Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el Seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la SCJN en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó junto con el autor de esta columna en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

²⁶ Carbonell, M., P., Salazar (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM, México, 2011.

²⁷ Esta decisión conlleva un enfoque de talante iusnaturalista que merece ser advertido.

los derechos con la incorporación expresa de los tratados internacionales en la materia (a esta determinación se le conoce como ‘bloque de constitucionalidad’); d) con lo anterior, en principio, cambia la jerarquía normativa en México lo que se complementa con el llamado principio *pro persona* (la interpretación en la materia deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”); e) dicho principio se complementa con una interpretación “de conformidad” con la propia constitución y los tratados; f) el estado –todas sus autoridades- tiene obligaciones específicas y responsabilidades concretas que están vinculadas con los principios que caracterizan a los derechos humanos; g) ello en adición a las prohibiciones de la esclavitud y de la discriminación que ya existían desde antes.

Los alcances de esta transformación son objeto de disputa en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Dadas las premisas que han sido desarrolladas en este trabajo lo que está en juego no es de poca monta así que merece la pena documentar algunas de las posiciones que actores relevantes han externado sobre esta reforma y sus alcances. Ello con la finalidad de trazar los ejes de los retos inmediatos en esta materia estratégica.

IX.

No me parece exagerado sostener que, actualmente en México, al menos en el ámbito de la comunidad jurídica, se encuentra en disputa la moral positiva de la sociedad mexicana en torno a los derechos humanos o fundamentales. Por un lado existen voces que subrayan la importancia de las nuevas normas constitucionales y su potencial transformador y, en contrapartida, actores relevantes minimizan los cambios, promueven reformas regresivas o proponen interpretaciones restrictivas. A continuación intercalaré las voces de algunos abogados, juristas y jueces constitucionales que ofrecen un fresco de esta relevante discusión.

Ante la pregunta realizada por la Revista *El mundo del abogado*, “¿cómo estamos en materia jurídica en México?”, Luis Robles Miaja, Presidente del Consejo de Administración de BBVA Bancomer, uno de los Bancos más grandes de México y parte de un Grupo Financiero internacional respondió, en mayo de 2003, lo siguiente:

Hay un tema que me preocupa como miembro de la industria bancaria pero más como ciudadano y abogado: la implementación que se está haciendo de la reforma de derechos humanos. (...) Estamos abriendo la caja de Pandora. Para empezar nadie sabe cuántos derechos humanos hay. (...) A eso súmale el

tipo de redacción política que abunda en la materia y te darás cuenta de que estamos en graves problemas. Para darte un ejemplo: hay un gran proyecto de infraestructura, una termoeléctrica: miles de empleos. Te llega un grupo que busca extorsionarte y no le haces caso. Le piden a un juez estatal que detenga la construcción basándose en una interpretación *mala fide* del Pacto de san José de Costa Rica, ¡y el juez suspende la obra por dos años!²⁸

En el mismo sentido, el abogado Fernando Gómez Mont, profesor de la Escuela Libre de Derecho y Secretario de Gobernación durante el Gobierno de Felipe Calderón, precisamente cuando la reforma fue aprobada, en diversos foros académicos ha sostenido que hablar de un nuevo paradigma constitucional “es una pedantería académica” porque, en realidad, la reforma conlleva cambios relevantes y lo que importa es que, junto con los derechos, se nos recuerde cuáles son nuestros deberes ciudadanos. Se trata de dos posturas significativas por el talante de los juristas que las emiten pero, sobre todo, por el sentido conservador que las inspira. Ambos juristas —que merecen ser citados en otras razones porque son personajes respetables que no promueven una agenda autoritaria— ven a los derechos como piezas de un modelo en el que deben llevar otros elementos como la inversión económica o los deberes republicanos.

Una lógica que ha permeado en muchas instituciones académicas y que ha conducido, por ejemplo, a la organización de un seminario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México convocado para discutir la pertinencia de regresar el texto de la constitución a la terminología anterior y restablecer el término de garantías individuales en lugar del de derechos humanos.²⁹ El evento es sintomático porque anuncia resistencias en un nicho crucial para la transformación cultural que se requiere: el de la enseñanza del derecho.

En sintonía con esas tesis, en sede política, líderes legislativos del el Partido Revolucionario Institucional han presentado iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales en la materia no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro, la política pero también la judicatura. Las iniciativas no han procedido pero tampoco han sido descartadas. Así que la resistencia es intelectual pero también política y judicial. Y, de nueva cuenta, merece destacarse porque no proviene desde la reac-

²⁸ Luis Robles Miaja: “con la reforma de derechos humanos, estamos abriendo la caja de Pandora”, Entrevista en El Mundo del Abogado, mayo de 2013, México, p. 17.

²⁹ El “Encuentro de Ideas y de Debate” tuvo lugar el 21 de marzo de 2013 y llevo como título “¿Derechos Humanos o Garantías?”

ción abiertamente autoritaria sino desde sedes que se resisten al cambio por consideraciones varias –nacionalismo, formalismo, dogmatismo, etc.- que abonan en la causa de la regresión pero no se presentan como motores de una gesta autocrática. Por lo mismo se trata de resistencias que demandan un abordaje complejo.

En contraste –y como muestra de que se trata de una disputa genuina y abierta- tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son interesantes porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional sino cultural. Héctor Fix Zamudio –el decano de la investigación jurídica en México- y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo han sostenido que:

Las reformas en amparo y derechos humanos (...) se inspiran en una concepción de avanzada y entrañan un nuevo paradigma constitucional, en virtud de que se han ensanchado el horizonte de los derechos humanos, reforzando las garantías jurisdiccionales y fortaleciendo de manera decidida el estado de derecho³⁰.

En sintonía con esta posición, Miguel Carbonell y el autor de este ensayo, en la introducción al volumen que hemos coordinado sobre la reforma sostuvimos que:

En su conjunto las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano a las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.³¹

Es difícil decir cuál de estas interpretaciones terminará por imponerse pero no parece errado afirmar que de ello dependerá el éxito o el fracaso de la reforma. Esto es así porque, como ya se adelantaba, el papel de las universidades es clave en la transformación de las pautas culturales de una

³⁰ Fix-Zamudio, H., S. Valencia Carmona, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, Porrúa, UNAM, México, 2013, p. XIII.

³¹ Carbonell, M., P. Salazar (coordinadores). “La reforma constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma”, Porrúa-UNAM, México, 2011.

sociedad cualquiera. En este caso está en juego el contenido de la formación de las futuras generaciones de abogados, juristas y jueces. Si los derechos y sus garantías estarán en el centro de su quehacer profesional dependerá en gran medida de lo que aprendan durante su formación universitaria.

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un exministro –en ese entonces Presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación– y de dos ministros en funciones. Primero las palabras del Presidente de la Segunda Sala, Sergio Aguirre Anguiano, al concluir el año en el que la reforma fue aprobada:

...es riesgoso desoír al pasado, reclusándolo en la alacena de lo demodé, cegados muchas veces por el brillo de la novedad (...). Desvarío peligroso y empobrecedor el de intentar magnificar el presente y apuntar al futuro sin tomar en cuenta que lo que somos es producto de nuestros ayeres. En este sentido no debemos pensar que las últimas reformas constitucionales (en materia de derechos humanos) fueron producto de una suerte de prestidigitador o de un momento visionario del Constituyente reformador (...). No puede negarse que estamos ante la presencia de reformas muy valiosas. Sin embargo, estimo desproporcionado aceptar que con ellas se configura un “nuevo paradigma” de nuestro constitucionalismo, como se nos quiere hacer ver en diferentes foros y tribunales...³²

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura que hacía el exministro Aguirre de la reforma que ocupa nuestra atención. Sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Aguilar Morales y Luna Ramos. A continuación se reproducen –en ese orden– sendas intervenciones de los mismos que no versan sobre el significado y el valor general de la reforma sino sobre sus alcances concretos al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

[...]No puedo estar de acuerdo y así lo he manifestado en muchas otras ocasiones, en que una interpretación con base en un convenio pueda simple y sencillamente hacer que una disposición constitucional no se aplique, como si las disposiciones constitucionales no fueran las normas máximas supremas de este país que dan origen inclusive a todo el marco legal que nos rige, incluyendo los propios tratados internacionales; no en balde los tratados interna-

³² Informe de labores 2011, Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, México, pp. X-XI.

cionales tienen su origen, su legitimidad, en la propia Constitución y tan es así que en el artículo 105 de nuestra Constitución, estos tratados internacionales pueden ser ponderados, valorados y analizados conforme a las propias disposiciones constitucionales. ¿Por qué? Porque en este régimen, en este sistema de nuestra Constitución, aun los tratados internacionales están sometidos a las disposiciones constitucionales.

¿Qué es lo que nos está diciendo el artículo 1o constitucional?; está elevando a rango constitucional el control de convencionalidad, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el hecho de que ahora se establezca la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad, porque la Constitución nos lo está obligando, quiera decir que los tratados internacionales, primero, estén a la par de la Constitución o por encima de ella; no, el control de convencionalidad es establecer que el acto o la ley que estamos juzgando, está o no acorde con el tratado internacional,³³

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si esta posición terminara por imponerse –lo cual no es imposible ni puede descartarse– se corre el riesgo de que la regresión que no ha llegado por la vía legislativa –a través de la contrarreforma a la que ya se ha hecho mención– pudiera llegar a través de la interpretación jurisdiccional. Por eso es importante rescatar y difundir también la posición opuesta defendida por otros de los ministros de la propia Suprema Corte. Ese es el caso de la posición del ministro Arturo Zaldívar quien, cuando era Presidente de la Primera Sala, el mismo día en el que Sergio Aguirre sostuvo lo que acabamos de leer, advirtió lo siguiente:

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales (...) en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico (...). Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional. (...) Los derechos humanos son la ética de la democracia (...). El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del au-

³³ Cfr., versiones de la discusión del AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN promovido en contra de la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán. 2809/2012. Celebradas los días 3 y 4 de junio de 2013. Retomo ambas referencias del artículo de Guillermo J. García, “La Integración de ‘Otros’ Tratados Internacionales por Medio del Artículo 1 Constitucional” al que tuve acceso en su versión preliminar.

toritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁴

El contraste de criterios que encierran estos párrafos trasciende al debate intelectual entre juristas y está teniendo consecuencias jurídicas concretas. Al tratarse de posturas defendidas por jueces constitucionales están quedando plasmadas en criterios contradictorios adoptados por las dos Salas en las que funciona la Suprema Corte de Justicia mexicana. Otro de los ministros, José Ramón Cossío y uno de sus secretarios, Raúl Mejía, advertían en un artículo de difusión el riesgo real de que exista una:

...diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda). Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁵

En efecto, las divergencias de interpretación —que tienen sustento en concepciones ideológicas o culturas jurídicas disímbolas— entre los ministros de la Suprema Corte en materia de derechos ponen en riesgo otros principios fundamentales de todo sistema jurídico como lo son la certeza y la seguridad jurídicas. Principios tan relevantes como la propia la independencia judicial cuando lo que está en juego es la garantía de los derechos fundamentales. Así como la dependencia ante los poderes socava la capacidad de los jueces para proteger a los derechos, la inestabilidad en la interpretación en torno a los mismos, erosiona la certidumbre de las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo pueden defenderlos. En esa medida, la disputa cultural, también conlleva riesgos para la democracia.

³⁴ Informe de labores 2011, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, México, pp. XXVII-XXVIII.

³⁵ Cossío, J. R., R. Mejía, “Derechos descafeinados” en *Nexus*, junio de 2013.

X.

Así como la transición democrática en México no puede explicarse sin dar cuenta de la confluencia de actores políticos y sociales comprometidos con el cambio político, a la reforma en materia de derechos humanos la impulsó un esfuerzo social y académico coordinado y persistente. La reconstrucción de ese proceso y de las sinergias que lo impulsaron merece ser narrado por sus protagonistas y probablemente algún día lo harán. Por lo pronto, lo cierto es su existencia da cuenta de que el cambio cultural que requiere la causa de los derechos está latente y es posible. Seguramente tardará en materializarse y nunca será definitivo —las ideologías autoritarias siempre promoverán su infausta causa y contarán con la alianza muda de conservadores y timoratos— pero la cultura de los derechos cuenta con promotores y ha logrado permear en diversos ámbitos de la vida colectiva. Se trata de una causa azarosa pero no es una causa perdida.

Algo similar sucede en el plano de las transformaciones institucionales. La transición democrática se procesó, sobre todo, en sede legislativa y contó también —en momentos clave— con el impulso decidido de algunos gobernantes. Así que fue producto de una dinámica lenta pero fructífera de negociaciones entre el gobierno, los partidos políticos y los legisladores (a lo largo de diferentes sexenios y legislaturas). Gracias al mismo, al cabo de un largo proceso, al menos en el ámbito federal, la existencia de gobiernos divididos y las dinámicas de control político y parlamentario funcionan —no sin cierta timidez pero— con regularidad. Desde esa perspectiva la democratización ha sido exitosa.

Pero la democracia en México no se ha consolidado. Para que esto suceda, entre otras variables, es necesario dotar de garantías efectivas a los derechos. Y ello, como se ha argumentado en este texto, los jueces tienen una responsabilidad especial. Algunos de ellos ya lo han comprendido y están actuando en consecuencia pero las resistencias son poderosas. Para derrotarlas hace falta un cambio de cultura pero también un recambio generacional. La judicatura de la democracia no puede seguir siendo la que maduró y se afianzó en los tiempos del autoritarismo. Ojalá los políticos, los abogados, los juristas y, sobre todo, los propios jueces lo entiendan.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA EDUCACIÓN EN MÉXICO

Rafael SÁNCHEZ VÁZQUEZ*

Nadie pondrá en duda que el legislador debe poner el mayor empeño en la educación de los jóvenes. La educación debe ser una y la misma para todos los ciudadanos y que el cuidado de ella debe ser asunto de la comunidad y no de la iniciativa privada. En esto, podríamos encomiar a los espartanos, que no sólo dedican la mayor diligencia a la educación de los niños, sino que la organizan como un servicio público. Es claro, por lo tanto, que debe legislarse sobre educación.

ARISTÓTELES**

La tesis y el aspecto más importante de nuestra Constitución es el de la justicia social. El constitucionalismo social actualmente sufre verdaderos embates en contra. En México también; por ello, es indispensable que nuestra Constitución continúe siendo la mejor fortaleza de la justicia social. Hay que luchar, y con todas las fuerzas, por la normatividad plena de esos artículos constitucionales...

Jorge CARPIZO***

* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

** Aristóteles, *La Política*, Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 5ª ed., México, Porrúa, 1973, Colecc. "Sepan Cuantos...", Lib. VIII, p. 301.

*** Carpizo Jorge, "México: ¿Hacia una nueva Constitución?", en Morodo, Raúl y Vega, Pedro de, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, pp. 892 y 893.

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Algunas consideraciones sobre el constitucionalismo social en América Latina*. III. *Estudio comparado de las constituciones de América Latina y su vinculación con el constitucionalismo social. En específico el derecho a la educación*. IV. *Derecho a la educación en México a través de las reformas al artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. V. *Estructura jurídica de la reforma al artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 2013*. VI. *Reflexiones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. PRESENTACIÓN

Considero que la educación como concepto y actividad humana ha significado a través del devenir histórico de la humanidad, uno de los descubrimientos más significativos tanto del *homo sapiens* como del *homo faber*, toda vez que mediante la acción educativa se ha logrado una alternativa racional y objetiva que permite el proceso de humanización, y que muchos compartimos como la estrategia más coherente, en donde descansa nuestra confianza para hacer realidades menos asimétricas y deshumanizadas que ponen en peligro la convivencia pacífica en el mundo que, por cierto, abre sus expectativas y temores en el tercer milenio con una población mayor a las 7,000 millones de habitantes. De los cuales en un porcentaje aproximado al 80% viven en situaciones difíciles para hacer realidad respetar, conservar y desarrollar los derechos fundamentales que permitan un mínimo de calidad de vida.

Los latinoamericanos sumamos una población aproximada a los 603 millones de habitantes, con un alto índice de pobres que rebasa a los 250 millones, ocupamos una extensión territorial de 21, 637, 049 Km², que va del norte de la República Mexicana hasta la Patagonia. Lamentablemente, las desigualdades económicas y sociales en América Latina, son crónicas, a poco más de cuatro siglos.

Sin embargo, las desigualdades siguieron y hubo necesidad de movimientos reivindicatorios mediante revoluciones. Al respecto cabe citar, la Revolución Mexicana de 1910-1917, suceso histórico que sumó aproximadamente de uno a dos millones de muertos y que representó un partaguas en la historia de América Latina y del mundo. Experiencia amarga que llevó al pueblo mexicano a través de sus representantes políticos a conciliar intereses mediante una constitución paradigmática como lo fue la Constitución de 1917. En dicha carta magna, se trata de aminorar las desproporcionalidades: económicas, sociales, educativas, políticas, etc., mediante normas jurídicas constitucionales de Corte Social. A este respecto, cabe

citar los siguientes artículos Constitucionales: 3°, 4°, 5°, 25°, 26°, 27°, 28° y 123°.

A mediados de la década de los 70's en Latinoamérica, se inicia un proceso permanente y continuo de crisis financiera que trata de corregirse con la imposición y aplicación de las políticas económicas neoliberales a partir de la década de los 80's y que lamentablemente han perdurado con más énfasis en los últimos años.

Consecuentemente, aún percibimos en el entorno que rodea a Latinoamérica y a los latinoamericanos, las grandes desigualdades: económicas, sociales, educativas y políticas. Es decir, por una parte, existen concentraciones de riquezas inimaginables que pertenecen a unos cuantos y, por la otra, la presencia de amplios sectores sociales que viven en la miseria extrema. De ahí, el cuestionamiento permanente y continuo a las instituciones jurídicas, y sobre todo, la ruptura epistemológica en torno al concepto de la justicia, cuando ésta, generalmente, legitima el *statu quo* de las desigualdades. Lamentablemente tanto para México como para otros países, se impusieron las políticas económicas neoliberales, desde el año de 1982 a la fecha.

La pobreza es la principal razón por la que no se vacuna a los bebés, por la que se carece de acceso al agua potable y a los sistemas de eliminación de excretas, por la que no se dispone de medicamentos y otros tratamientos terapéuticos y por la que muchas madres mueren en el momento de dar a luz. La pobreza es la causa principal de la reducción de la esperanza de vida, de las desventajas y las discapacidades, y de la muerte por hambre. La pobreza es el principal factor que contribuye a la enfermedad mental, al estrés, al suicidio, a la desintegración familiar y al consumo de drogas.¹

Diego Valadés considera que “la pobreza, desarrollo y educación superior van de la mano. Empero, aceptar el fenómeno de la mundialización, internacionalización o tal vez incluso de la globalización, de una manera acrítica, puede ser un error de grandes y graves dimensiones”.²

El autor antes mencionado, al tratar lo referente a los efectos del combate a la pobreza y del desarrollo, considera que

es necesario, en todo caso, que le demos a nuestra posición nacional un contexto internacional, y en esta medida es válido hablar de globalización aun

¹ OMS, cit. por Boltvinik, Julio y Damián, Araceli (coord.), “Introducción. La necesidad de ampliar la mirada para enfrentar la pobreza”, en *La pobreza en México y el mundo. Realidades y desafíos*, México, Siglo XXI, 2004, p. 70.

² Valadés, Diego, “Pobreza, Desarrollo y educación superior”, en *Este País-tendencias y opiniones*, México, núm. 104, noviembre de 1999, p. 2.

cuando no se entre a discutir las implicaciones que tiene esta materia en aspectos tan sensibles como la soberanía nacional y la autonomía de las decisiones políticas de los gobernantes. En diferentes grados se van dando un reacomodo en el ejercicio del poder, y corremos el riesgo de pasar de un mercado regido por el Estado, a un Estado regido por el mercado”.³

Igualmente, siguiendo el hilo conductor de esta exposición Valadés agrega que “es difícil que volvamos la espalda a esa realidad a la hora de resolver problemas como la seguridad, la justicia y el desarrollo mismo”. Cuesta trabajo pensar que tengamos una economía “blindada” sobre una sociedad vulnerada. En tal virtud, es necesario y es posible que emprendamos un proyecto de gran magnitud. El precio de no hacerlo lo pagaremos con mayor atraso, con mayor pobreza, con mayor concentración de la riqueza, con mayor frustración colectiva. Entre más tardemos, más difícil será”.⁴

Habida cuenta de lo antes manifestado, cabe destacar que el hecho educativo en ningún momento se manifiesta en forma aislada a las variables históricas, sociales, económicas, políticas, culturales e ideológicas. Por otra parte, es incuestionable que a través del proceso educativo se genera y construye el conocimiento de práctica científica. Así como también se logra conservar, fortalecer y desarrollar las prácticas sociales de un modo de ser y de vivir mediante sus manifestaciones culturales.

A este respecto, el jurista Diego Valadés, considera que:

La educación no solo plantea problemas desde la perspectiva constitucional y administrativa. También los representa en el orden financiero, en el social y por supuesto, en el político. Con relación a lo primero, es evidente que la presentación del servicio educativo se traduce en una fuerte responsabilidad económica para el Estado. Sin embargo, hay una profunda diferencia conceptual entre encarar el costo financiero de la educación como un gasto o como una inversión. En el primer caso se tiene un enfoque restrictivo y burocrático de la materia; en el segundo, se contempla a la educación como un instrumento del desarrollo, quizás el más importante, ya que se refiere a la formación del capital humano.⁵

Así, si lo que se quiere es crear y desarrollar sociedades más justas y equitativas y donde la pobreza no sea un obstáculo para desarrollo íntegro y digno de los humanos, debemos comenzar por establecer mejores instituciones y normas jurídicas que fomenten una educación de calidad.

³ *Ídem.*

⁴ *Ídem.*

⁵ Valadés, Diego, *Derecho de la Educación*, 2ª ed., México, Ed. Mc Graw-Hill, 1997, p. 1.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

América Latina tiene una población mayor a los 603 millones de personas. De los cuales, el 45% es pobre. Es decir, más de 250 millones de latinoamericanos tienen carencias económicas, sociales, etc. Empero, poco más de 50 millones se identifican como indígenas con altos índices de analfabetismo, y con ingresos miserables que apenas llegan a sobrevivir en la pobreza extrema.

Existen grandes diferencias en los niveles de pobreza entre los distintos países latinoamericanos (véase cuadro 2). El de mayor porcentaje de pobres es Honduras, con 77%, en el otro extremo está Uruguay con 15.4% de pobres. Con niveles de pobreza muy alta (con porcentajes del 60 al 70% del total de la población) se encuentran Nicaragua, Bolivia, Paraguay y Guatemala; a estos países les siguen Perú, Colombia, El Salvador, Ecuador, Venezuela, República Dominicana y Argentina con niveles de pobreza alta (con porcentajes del 40 al 60% de la población); con grados medios de pobreza (entre el 30 y 40% de la población) están: Brasil, México 50% y Panamá; y finalmente Chile y Costa Rica con porcentajes bajos de pobreza (alrededor del 20% de su población).⁶ Por lo tanto, América Latina se distingue por estratificar la pobreza en su triple modalidad de supervivencia, hambre y desnutrición, y lo que es peor, esto se recrudece por los altos niveles de corrupción, impunidad e ineficacia que invaden nuestras sociedades.

Lamentablemente, en gran parte de de nuestras sociedades rigen las reglas, los principios, las estrategias y las acciones de tipo liberal y neoliberal.

Así, el estado liberal en su máxima expresión se olvida de la distribución del ingreso y de la riqueza para todos. Sin embargo, como dicen los Juristas Mexicanos Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona:

Es ingenua la aceptación acrítica de los argumentos del libre mercado y la economía de la oferta, que como reacción al desencanto de la intervención del gobierno ha surgido en varios países. Ante la crisis actual de los paradigmas, se recomienda innovar, buscar la opción alternativa, que reconociendo el papel del orden económico, también admita “sus fallas y límites frente a economías externas, bienes públicos, y frente a imperfecciones de mercado, como estructuras oligopólicas y monopólicas. Así como frente a los problemas de la distribución del ingreso”, por ello, ante “el dilema entre el Estado mínimo y el Estado máximo, se propone llegar a un Estado óptimo”. No existe, además, “un milagro del mercado que haga que la población y los recur-

⁶ Boltvnik, Julio y Damián, Araceli (coord.), *op. cit.*, p. 135.

sos lleguen al equilibrio y los mantenga ahí”, la competencia “por sí misma no puede funcionar sin un marco legal, político y adecuado, y los mercados competitivos no sobrevivirán los esfuerzos de los competidores mismos para eliminarlos sin la incesante vigilancia de los gobiernos”.⁷

En similar sentido se ha expresado Marcos Kaplan, quien considera:

La experiencia histórica de América Latina en las últimas décadas demuestra una mayor o menor incapacidad para garantizar la rectoría del Estado, su efectividad y eficacia, especialmente en lo referente a la superación del atraso, de la dependencia externa y de la crisis; al logro de crecimiento económico, bienestar social para las mayorías, vigencia de los derechos humanos, plena participación democrática, preparación y lanzamiento de un proceso de desarrollo integral.

Así, pues, la rectoría del Estado es indispensable pero insuficiente, afectada por una grave crisis pero recuperable como transfiguración bajo las formas de un nuevo Estado democrático de derecho, un proceso de democratización permanente, expresado y realizado en nuevas formas y estructuras sociopolíticas de participación, de poder y autoridad, de legitimación y consenso, de relaciones entre el Estado y su sector público, la sociedad civil y sus sectores social y privado.⁸

Ante ello, se han tratado de generar nuevos paradigmas que tiendan sino a eliminar, por lo menos suprimir las desigualdades económicas, sociales, culturales y de cualquier otra índole que menoscaban el desarrollo integral de los ciudadanos. Uno de estos paradigmas es el del *constitucionalismo social*.

A este respecto, el Jurista Mexicano Sergio García Ramírez, considera que:

El Derecho social es volver la mirada hacia los grupos y las clases; desconoce el primado de la autonomía de la voluntad, para abrazar el control social de la libertad; cercena los derechos absolutos, para reorientarlos en sentido social; acude en defensa del débil, la mujer, el niño, el trabajador, el campesino, el anciano, el enfermo, el arrendatario, introduce el dirigismo contractual y crea nuevos órdenes jurídicos: el laboral, el agrario, el de la seguridad social, Derecho y deber de educación e intervención constante del poder público en la vida económica y social, el propósito tutelar provoca la socialización del Derecho. De todo esto se sigue la existencia de un “constitucionalismo

⁷ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2003, p. 535.

⁸ Kaplan, Marcos: op. cit., p. 52.

social”, sustentado en el Estado de Derecho social, regido por la justicia y no ya únicamente por la libertad.⁹

Es decir, lo más trascendente es la igualdad tanto formal como material de las personas, razón por la cual es inmoral hablar de la igualdad entre desiguales.

El nuevo contenido de las Constituciones queda de manifiesto en el señalamiento de preceptos sobre relaciones laborales, propiedad relativa y socializada (o diversas formas de tenencia, aprovechamiento y disposición de los inmuebles), derecho del individuo a la asistencia y a la seguridad social, matrimonio y familia, derecho y deber de educación e intervención constante del poder público en la vida económica y social.¹⁰

Junto a estas ideas, un elemento importante es la transformación del Estado decimonónico de cuño liberal en uno de tipo social. Al respecto, Humberto Quiroga Lavié, considera:

Al estado social hay que definirlo como “Estado de prestaciones” sin desmedro del “Estado de libertades”. El Estado se obliga para asegurar el equilibrio y desenvolvimiento estructural de cada nación, a falta de lo cual la crisis se toma desestabilizante. Son ingobernables los países apoyados en estructuras fracturadas por la debilidad que genera el hambre, la desnutrición, el analfabetismo y las epidemias: en Latinoamérica el mapa social está dibujado por agudos desequilibrios; la mano del Estado resulta insoslayable para impulsar la generación de nuevas energías, para evitar la pérdida o la huida de sus recursos propios y el no reciclaje de tanta riqueza abandonada a su suerte, así como para impulsar el ingreso de todos aquellos bienes o recursos que faltan en nuestras tierras.¹¹

Ahora bien, con el propósito de clarificar aún más el sentido y alcance que tiene el constitucionalismo social, cabe citar al distinguido Jurista Mexicano, Don Héctor Fix Zamudio, quien expresa lo siguiente:

La Constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1917 debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la

⁹ García Ramírez, Sergio, “Tres Textos Precursores en el Constitucionalismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, núm. 2-3, 1969, p. 472.

¹⁰ *Ibidem*, p. 473.

¹¹ Quiroga Lavié, Humberto, “Estudio introductorio”, en *El Constitucionalismo Social en las Postrimerías del Siglo XX, Las Constituciones Latinoamericanas*, 2ª ed., México, IJ-UNAM, 1994, t. I, p. 26.

primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar de 1919, y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social”, el cual permite la organización y funcionamiento del llamado Estado de bienestar o Estado de derecho social.¹²

Por su parte, el distinguido constitucionalista mexicano Jorge Carpizo considera que una carta fundamental para considerarla como democrática, es preciso que realmente:

a) asegure con amplitud al individuo sus derechos fundamentales; b) le garantice un mínimo de seguridad económica, y e) no concentre el poder en una persona o grupo; es decir, que las funciones sean ejercidas efectivamente por diversos órganos y el sistema de partidos acepte el principio de pluralismo ideológico.¹³

Un Estado Social de Derecho que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad. El orden jurídico no es sino una parte del orden social. La norma da forma a lo que deben ser prácticas cotidianas. Cuando las prácticas reales no coinciden con su aspecto formal, la norma no sirve.¹⁴

En este sentido, para el constitucionalismo social, la “igualdad de oportunidades” ha pasado a erigirse en el presupuesto insoslayable para el tránsito de la democracia política a una “democracia social”. En esa línea de pensamiento, no parece suficiente la proclamación de la igualdad legal como igualdad formal, sino que se reclama la toma de decisiones que favorezcan gradualmente la creación de condiciones generales de una vida óptima con un mínimo de oportunidades de desarrollo económico, cultural y social, a través de las cuales prospere el mayor grado posible de igualdad real de oportunidades. No se pretende que todos sean iguales ni que tengan o hagan lo mismo, pero se aspira a que las transformaciones sociales se orienten hacia la remoción de todos aquellos obstáculos, de hecho y de derecho, que impiden ese acceso del mayor número a las mejores oportunidades. Y, de esa manera aminorar las conductas antisociales.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución Mexicana”, en *La constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM, México, 1985, p. 119.

¹³ Carpizo, Jorge, “México: Hacia una nueva Constitución”, en *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, IJ-UNAM, México, 2000, t. II, pp. 892 y 893.

¹⁴ Valadés, Diego, *Constitución y Política*, México, Universidad Complutense de Madrid-IJ-UNAM, 1994, 64 y 294.

El denominado “constitucionalismo social” registra tres etapas en su evolución: en su primera etapa comprendió la inserción de cláusulas económicas y sociales en los textos constitucionales (referentes a la propiedad, a la tierra, al trabajo, etc.) y en una segunda etapa abarcó la protocolización expresa de los nuevos roles del Estado (un Estado activo, intervencionista, provisor o “de bienestar”), en la última etapa -que es la contemporánea- asistimos a la consagración de un constitucionalismo social de la cultura y de la educación. La perspectiva social es lo único que hoy mantiene el sentido de la democracia para vastos sectores de la sociedad. Así como los derechos sociales -incluidos los de la cultura y de la educación- pasa a desempeñar el importantísimo sentido y significado de asegurar las condiciones reales de existencia y funcionamiento de una democracia política efectiva. Por ello, la democracia social se convierte en el seguro de la paz en el seno de la comunidad al posibilitar el goce de los derechos por el mayor número y la reducción a su más mínima expresión de los sectores que actúan como grupos de tensión.¹⁵

Las nuevas orientaciones del constitucionalismo mundial son adoptadas, más que como producto de una lucha popular por obtenerlas, como concesión de la clase media en ascenso en busca de ampliación de sus bases de apoyo político y social: “insistiendo en que la política económica de los últimos cincuenta o sesenta años no había creado una vida nacional plena porque había sido concebida en el vacío, los nuevos dirigentes de los sectores medios prometieron no solamente el progreso económico sino también la democracia social.”¹⁶

Asimismo, cabe resaltar que los países centroamericanos: Belice, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Panamá, en términos generales siguen las mismas líneas del desarrollo de los otros Estados.

Del análisis de las constituciones que a partir de 1920 se han promulgado en la región podemos inferir que el nuevo constitucionalismo se ha orientado por las siguientes tendencias: 1. Preocupación por la racionalización del poder; 2. Cambio en la filosofía general; 3. Recepción del derecho internacional; 4. Ampliación de catálogo de derechos individuales y constitucionalización de los sociales; 5. Ampliación de la democracia y racionalización del aparato político; 6. Ocaso del laicismo; 7. Economía, hacienda, administración; 8. Justicia constitucional; 9. Semiparlamentarismo y preponderancia presidencial; 10. Inestabilidad.¹⁷

¹⁵ Hernández Valle, Rubén y Villegas Antillón, Rafael: op. cit., p. 184.

¹⁶ García Laguardia, Jorge Mario: Evolución del constitucionalismo social en Centroamérica y Panamá; op. cit. p. 13.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 13 a 19.

Sin embargo, Bien dice Pantoja Morán que “por profunda que sea la discrepancia entre norma y realidad, es incuestionable que aquélla es la idea del orden social deseable cuya vocación es positivizar el ideal de que es portadora... y aunque se viole su espíritu, el hecho de que se conserve en letra es reconocimiento de la vigencia de esos ideales...”.¹⁸

En un comentario acerca del impacto social de la Constitución peruana de 1978, Domingo García Belaúnde afirma que la sociedad peruana vive con graves problemas económicos, desamparado en sus derechos fundamentales, sin lugar a dudas la Constitución responde a las aspiraciones de la sociedad: ella es más generosa en su ideario humanista.¹⁹

III. ESTUDIO COMPARADO DE LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA Y SU VINCULACIÓN CON EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. EN ESPECÍFICO EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Del análisis de las Constituciones de América Latina, se desprende sin distinción alguna que todas hacen referencia en algunos de sus artículos sobre el Constitucionalismo social. Consecuentemente, identificamos que se establecen preceptos constitucionales que regulan la educación pública en sus diferentes niveles educativos, tanto en lo que podemos esquematizar en la educación básica –preescolar, primaria y secundaria– como en el nivel medio superior –bachillerato y carreras técnicas– y en el superior –Licenciaturas y posgrados–.

Habida cuenta a lo antes manifestado, cabe resaltar que existe un consenso de considerar que muchos de los problemas sociales, políticos, económicos, culturales e ideológicos que compartimos en todo lo largo y ancho de la geografía latinoamericana se identifica al derecho a la educación pública, gratuita y obligatoria como una estrategia racional y objetiva para disminuir las asimetrías y desigualdades sociales y económicas que caracterizan a nuestros pueblos. Así, podemos hacer las siguientes reflexiones:

Algunas republicas de Latinoamérica, desde hace más de cinco décadas contemplaban la educación preescolar, otras menos distantes que van de tres a dos décadas, *verbi gratia*, la Constitución de la Republica de Costa Rica de fecha 7 de Noviembre de 1949, establece en su artículo 78, que: “la

¹⁸ Pantoja Morán, David, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, México, UNAM, 1973, p. 8.

¹⁹ Cfr. García Belaúnde, Domingo, *Constitución y política*, Lima, 1981, p. 165. Cit. por Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 32.

educación general básica es obligatoria, ésta, la preescolar y la educación diversificada son gratuitas y costeadas por la Nación.”

La Constitución Política de la Republica de Bolivia, del 2 de Febrero de 1967, establece en su artículo 184, lo siguiente: “en los ciclos preescolar, primaria, secundaria, normal, especial”

Por su parte, la Constitución Política de la Republica de Cuba, de fecha 24 de Febrero de 1976, en su artículo 39, establece: “la educación de la niñez y juventud, en el espíritu comunista es deber de toda la sociedad; la niñez y la juventud disfrutan de particular protección del Estado y la sociedad.”

La Constitución de la Republica del Salvador, de fecha 20 de Diciembre de 1983, considera en su artículo 56, lo siguiente: “la educación parvularia, básica, y especial, será gratuita cuando la imparta el Estado.”

En ese orden de ideas, la Constitución Política de la Republica de Guatemala, de fecha 14 de Enero de 1986, dispone en su artículo 74, que: “educación obligatoria... de recibir la educación inicial, preprimaria, y básica.”

El estado social en Latinoamérica como un orden económico constitucional, establece los principios estructurales y programáticos a partir de los cuales debe desarrollarse la política económica social en cada país.

Argentina, con la Constitución más antigua del continente, establece limitados principios de orden económico:

La potestad expropiatoria por causa de utilidad pública y previamente indemnizada (artículo 17), en el fomento de la inmigración europea (artículo 25), en el monopolio del Estado para hacer sellar moneda y fijar su valor; así como establecer un banco nacional (central); empero, a partir de la “cláusula de la prosperidad” (artículo 67.16), el Congreso puede proveer lo conducente al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes y promoviendo (perfil permisivo de la intervención del Estado), la industria, la entrada de capitales y, en general, el desarrollo económico del país.

En Colombia, en la medida que la Constitución dispone que las autoridades también están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, se ha impulsado el paso del Estado de derecho formal al Estado de derecho social, lo cual, en secuencia coherente, conducirá al Estado de bienestar.²⁰

En Brasil, hasta antes de la década de los 80, ya se les reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones. Y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan

²⁰ Ortiz y Ortiz, Eduardo, “Las reformas a la Constitución de Costa Rica de 1949”, *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, México, IJ-UNAM, 1978, t. I, nota 4, p. 119

(Artículo 231); las riquezas del suelo, ríos y lagos allí existentes (artículo 231.2); dichas tierras son inalienables y los derechos sobre ellas imprescriptibles (artículo 231.4); está prohibida la remoción de los grupos indígenas de sus tierras, salvo catástrofe o epidemia, previa intervención del Congreso... (Artículo 231.5).²¹

México, país pionero de la democracia social en el continente, establece la rectoría del Estado del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y de la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (artículo 25). Sin embargo, falta mucho para hacer una realidad menos asimétrica para todos los mexicanos.

<i>Constituciones de América Latina que regulan el derecho a la educación y otros derechos sociales</i>	
<i>País</i>	<i>Artículos constitucionales</i>
Argentina	5,14, 14 BIS, 41
Bolivia	77-105
Brasil	5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11
Colombia	42-82
Costa Rica	76
Cuba	39-40
Chile	19 y 20
R. Dominca	50, 51, 53, 54, 56-63
Ecuador	12 - 34
El Salvador	32-70
Guatemala	47-134
Honduras	151-177
México	1, 2, 3, 4, 25-28 y 123
Nicaragua	56-69
Panamá	91-108
Paraguay	73-85
Perú	4 a 29
Uruguay	40, 42, 44, 46, 47, 53-57, 67-71
Venezuela	98-111

²¹ Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, p. 34.

IV. DERECHO A LA EDUCACIÓN EN MÉXICO A TRAVÉS DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 3° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Las normas jurídicas que han regulado la educación mexicana a lo largo de su historia como nación soberana han tenido una nota en común, independientemente del signo ideológico del gobierno que las haya emitido, y que siempre han expresado los anhelos y necesidades del país.²² Sin embargo, el discurso ha sido más prometedor de lo que hasta ahora se ha logrado en la realidad histórica concreta.

Cada etapa de la historia de la educación nacional está caracterizada por una estructura jurídica que corresponde a las ideas que sustentaron el periodo político correspondiente. Por cuestiones de espacio, únicamente me concentraré a analizar las reformas de la Constitución de 1917. Pero no podemos pasar olvidar que en la historia del constitucionalismo mexicano contamos con importantes avances en materia del derecho a la educación, tales como la Constitución de Cádiz de 1812, los Sentimientos de la Nación de Septiembre de 1813 y la Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución Federal de 1824, las Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1842 y la Constitución de 1857.

De acuerdo con los avances y desarrollos realizados en cuanto al derecho educación se refiere, podemos distinguir las siguientes etapas:

1. *La corriente revolucionaria y la educación socialista (1917-1940)*

Después de consumada la Constitución, el Constituyente de 1917, aprobó el artículo 3° Constitucional, a través de 99 votos contra 58, a continuación aparece, el texto del artículo aprobado:

Artículo 3°. La enseñanza es libre, pero será laica la que se imparta en los establecimientos oficiales de educación lo mismo que la enseñanza primaria, elemental y superior que se imparta en los establecimientos particulares. Ninguna corporación religiosa, ni ministro de algún culto, podrán establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria. Las escuelas primarias particulares sólo podrán establecerse sujetándose a la vigilancia oficial. En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria.²³

²² Cfr. Melgar Adalid, Mario, "Comentarios al Artículo 3° Constitucional", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, IJ/UNAM, 1995, T. I, p. 21.

²³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, México, publicado en el DOF el 5 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf (Última consulta: 24 de octubre de 2013).

A partir de su promulgación, los idearios políticos de la época adquieren un perfil jurídico en la Constitución de 1917 y se logra la primera aplicación dinámica del artículo 3º bajo los regímenes de los presidentes Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles, para rematar con expresiones más radicales durante el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas. Con éste, surge la educación *socialista, popular y masiva*; la creación de importantes centros pedagógicos y el Estado es omnipresente en las funciones públicas y particularmente en las educativas. Se imponen por vez primera las ideas de una revolución social sobre las áreas rurales y se unifican los planes educativos para toda la Nación. Así, la política educativa y la estrategia de gobierno quedan relacionadas íntimamente, para dar paso a la formación de una ideología nacional y popular.²⁴

En esta primera reforma al texto constitucional se hace énfasis en que la educación que imparta el Estado será *socialista*, así como el carácter de Servicio Público. De ahí que la educación primaria sea obligatoria y el Estado la impartirá gratuitamente.

De acuerdo con la exposición de motivo de dicha reforma constitucional:

Entendemos por servicio público el conjunto de disposiciones y prácticas por el Estado, que tienden a satisfacer una necesidad social, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de los particulares, porque de su realización depende o se deriva la misma integración, desarrollo y progreso de la colectividad.

Y tratándose de la educación, la necesidad social consiste en la preparación educativa e instructiva de nuestras masas, para formarles un concepto exacto y positivo del mundo que las rodea y para provocar en sus componentes, sentimientos y voliciones convergentes que conduzcan a estrechar los lazos de nuestra nacionalidad, con un sentido de independencia basado en la responsabilidad de los individuos afirmándose y robusteciéndose en la acción conjunta y común, orientada hacia la socialización progresiva de los medios de producción económica, en busca de una mejor organización social.²⁵

2. *La educación al servicio de la unidad nacional (1940-1980).*

En esta etapa se realiza una sostenida labor de alfabetización del pueblo, llevada a todas las zonas de la República, y una eficiente campaña de

²⁴ Cfr. Melgar Adalid, Mario, *op. cit.*, p. 22.

²⁵ Exposición de motivos en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados de 26 de septiembre de 1934. *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 2ª ed., México, Manuel Porrúa, 1978, T. III, p. 228.

construcción de edificios escolares, emprendida con el apoyo de grandes recursos financieros de carácter público y de los particulares, cancelarían las divergencias educativas, en un intento de sentar las bases de una verdad única acerca del proyecto de país que condujera a la tan anhelada unidad nacional.

Es durante el gobierno del general Manuel Ávila Camacho, cuando se gesta la *Segunda Reforma al Artículo 3º constitucional* que entraría en vigor en los primeros días de la administración alemanista. La reforma *canceló* el polémico *proyecto de educación socialista* propuesto por el general Lázaro Cárdenas, mediante la cual se consolidan las bases para el dominio educativo del sector público y el agigantado crecimiento de la labor educativa del país en los regímenes subsiguientes.

Desde la reforma del artículo 3º, del 30 de diciembre de 1946 hasta la fecha, el rasgo distintivo de la educación mexicana ha sido el de la expansión en todos sus niveles. Cabe destacar que el acelerado crecimiento demográfico de nuestro país en las últimas décadas ha dificultado la tarea del apartado educativo del Estado, por lo cual la cooperación de los particulares, aunque limitada a ciertas escalas sociales y en ámbitos precisos, ha colaborado también en la solución de apremiantes necesidades de oferta educativa y ha generado una diversificación útil y necesaria.²⁶

Con fecha del 30 de diciembre del año de 1946, se publica en el Diario Oficial de la Federación²⁷ la Segunda Reforma al Artículo 3º Constitucional que asienta que la educación tiene por criterios rectores a la democracia, la nación y la convivencia humana.

Lamentablemente, para la década de los setenta la política económica y sus efectos se caracterizó por sus contradicciones. Por una parte, en el discurso político se apoyaba el desarrollo de una burguesía nacional, y se enmascaraba la presencia y penetración del capital trasnacional, además de que se dibujaba un escenario en pro de los sectores populares.²⁸ Por el otro, sin embargo, en el año de 1976, se vive un proceso altamente especulativo y se da una abrupta devaluación del peso mexicano. Iniciamos la década de los ochenta, con un optimismo desbordado a través del espejismo del *boom* petrolero y del plan global de desarrollo que a la postre resultó ser un programa político de buenos propósitos, pero irrealizables. Razón por la cual, la concentración de la riqueza se hizo más visible, al igual que la distribución desigual del ingreso. Además, cabe resaltar una mayor pen-

²⁶ Melgar Adalid, Mario, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Sánchez Vázquez, Rafael, *Derecho y Educación*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1998, p. 153.

tración del capital extranjero, aunada a una mayor dependencia financiera del exterior.²⁹

Dentro de esta etapa, es incuestionable la expansión del sistema educativo nacional en todos sus niveles. Pero también es cierto el deterioro cualitativo de la educación superior. Sin embargo, para hacerle frente a esta problemática se requiere de un mayor apoyo financiero para lograr la capacitación permanente de los cuadros docentes, por un lado. Y por el otro, cabe señalar que actualmente 27 millones de habitantes de la república mexicana, carecen de una escolaridad básica y de los medios para obtenerla y representan el 70% de la población mayor de 15 años, además hay que precisar que la desigualdad social se manifiesta en todos los niveles educativos, aun en la primaria. Los sectores más afectados por el desempleo y sub-empleo son los que tienen menos escolaridad, son los hijos de los campesinos y obreros. Igualmente la concentración de servicios y matrícula educativa sigue dándose en aquellas entidades de mayor desarrollo económico y educativo. Por ende, la canalización de recursos sigue favoreciendo las disparidades regionales e institucionales. También, cabe destacar que el promedio de educación formal de la sociedad mexicana es de 8.6 años, es decir, que el promedio de personas alcanza el quinto año de nivel básico o primaria.³⁰

El día 9 de Junio de 1980, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, *la Tercera Reforma al Artículo 3º Constitucional*,³¹ que reguló la autonomía universitaria.

Al respecto Jorge Carpizo, comenta: la fracción VIII, se refiere a las Universidades e Instituciones de Educación Superior de carácter público. En consecuencia las disposiciones de la fracción no alcanzan a las universidades e instituciones de educación superior privadas.³²

Además, la fracción no reconoce la autonomía de las universidades, ya que este principio se reconoce en la Ley que crea y regula cada universidad. Es decir, las universidades públicas no autónomas –como la veracruzana y la de Guadalajara– continúan siendo no autónomas.

Continuando con la exposición del mencionado autor, manifiesta que: el principio de autonomía ha sido muy discutido, y aunque sus alcances se

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Cfr.* Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 154.

³¹ “La tercera modificación, la constitucionalización de la autonomía universitaria”, en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 6ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados/ LVIII Legislatura, 2003, T. I, p. 124.

³² Carpizo, Jorge, La Garantía Constitucional de la Autonomía Universitaria, en *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, UNAM, núm. 31, septiembre-diciembre de 1980, pp. 713 a 717.

han precisado en las respectivas leyes orgánicas intereses políticos lo han tratado de desvirtuar, como en el caso de quienes identificaron autonomía con extraterritorialidad. Las universidades están encuadradas dentro del orden jurídico de México y no es posible pensar que pudiera quedar al margen de él.

Lo que acontece es que *el Estado está obligado a ofrecer educación superior* y, por cuestiones técnicas aunadas a principios democráticos y de libertad, *decide hacerlo a través de organismos descentralizados a los que le reconoce una característica especial: su autonomía.*

También, *la fracción VIII del artículo 3º Constitucional, señala los fines de las universidades y de las Instituciones de educación superior: educar, investigar y difundir la cultura* y expresa la fracción, que estos fines los debe de realizar de acuerdo con los principios del artículo tercero, es decir, esos fines se desarrollaran *en forma democrática, nacional, con conciencia social, de acuerdo con la dignidad humana y fomentando el amor a la patria y a la conciencia de la solidaridad internacional en la independencia y en la justicia.*³³

3. *El periodo de la crisis y la modernización educativa (1982-1995)*

Esta etapa de modernización educativa está sustentada jurídicamente en las dos últimas reformas al artículo 3º Constitucional y en la expedición de la Ley Orgánica de la Educación.³⁴ Así es como llegamos al mes de febrero de 1982, con una dramática devaluación del peso mexicano. En suma, se llega a una impactante crisis económica, social y política, a todo lo ancho y largo de la geografía de la republica mexicana; de ahí que se genere en torno al régimen institucional un clima de desasosiego por los problemas de credibilidad y legitimación.

Ante dicho escenario se presenta como alternativa el neoliberalismo, el cual aparece como el conjunto de recetas de políticas económicas enfocadas a aplicarse en los países del tercer mundo, que enfrentan serios problemas de endeudamiento externo con los países ricos, así como angustiante carencia de divisas para su desarrollo.³⁵ La idea de la aplicación de estas formulas, es ajustar las principales variables de sus economías, no propiamente que solucionen sus crisis internas para que se genere un desarrollo económico y social, sino para que se organicé la explotación de los recursos naturales, humanos y financieros, en función de asegurar el pago oportuno de la deu-

³³ Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 182.

³⁴ Melgar Adalid, Mario, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

³⁵ Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 190.

da externa de igual forma aplicando estas posturas en política económica, se garantiza por una parte la supervisión de su economía por parte del FMI (intromisión abierta) y por la otra parte se asegura la posibilidad de una mayor penetración del capital y mercancías extranjeras en estos países, lo cual viene a ser el elemento que facilita en esta etapa, la expansión del capitalismo internacional.³⁶ Entre otras medidas se adoptan las siguientes: 1. Reducción del Gasto Público; 2. Eliminación del Déficit Presupuestal, liquidado todo tipo de subsidios (incluyendo alimentos y transporte barato para los pobres); 3. Reducción del tamaño del Estado, despido masivo de burócratas a quienes se considera altamente negativos y privatización de empresas estatales; 4. Mayor libertad económica para los empresarios, banqueros, industriales y comerciantes, lo que quiere decir que deben eliminarse todo tipo de controles a los empresarios, es decir, la cada vez menor intervención del Estado en la economía; 5. De lo anterior se deriva que se eliminen los controles de precios, que no se limiten las ganancias, que no se grave al capital y que los salarios se fijen en función de las leyes de la oferta y la demanda; 6. Desde el ángulo del sector externo se recomienda la apertura total e indiscriminada a la inversión extranjera y a las mercancías provenientes del exterior. Para ello, se hace necesario un gobierno altamente sumiso a la inversión extranjera que les abra las puertas para que estos hagan lo que quieran en el país, el cual prácticamente se les entrega.³⁷ Esto implica leyes que permitan el libre movimiento de capitales y mercancías del exterior, a fin de atraer inversionistas extranjeros que se consideran los salvadores de la nación. En una palabra viene a ser una política desnacionalizante y subordinada a interés del exterior; 7. Por lo anterior, viene a ser necesaria una política cambiaria altamente flexible que permita que entren y salgan libremente los capitales nacionales y extranjeros, sin intervención por parte del Estado: es decir, la libertad para saquear un país, si en otro hay mayor seguridad o mayores tasas de ganancias. Por ello, en los ajustes fondomonetaristas, lo primero que se exige al país endeudado es que elimine todo tipo de controles cambiarios; 8. Libre oportunidad de especular en bolsas de valores globalizadas mundialmente.³⁸

Subsecuentemente, con fecha del día 28 de Enero del año de 1992, se publico la *Cuarta Reforma al Artículo 3º Constitucional*, en la cual *se establece que la educación impartida por el Estado, será laica con lo cual se deroga la obligación que en el mismo sentido tenían los particulares*, se conserva el requisito de la autorización

³⁶ Cfr. Ortiz Wadgymar, Arturo, *Política Económica de México, 1982-1994*, 2ª ed., México, Nuestro Tiempo, 1994, pp. 14 y 15.

³⁷ Ortiz Wadgymar, Arturo, op. cit., pp. 19 y 20.

³⁸ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

previa y expresa, para que estos últimos puedan impartir la educación en todos sus tipos y grados. *Se deroga la fracción IV*, para darle un nuevo contenido en donde se prescribe, que los *planteles, particulares destinados a la educación, deberán ajustarse a los fines y criterios previstos en el proemio y en la fracción II* del propio artículo, así como a los *planes y programas oficiales*³⁹.

Posteriormente, el día 5 de Marzo de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la *Quinta Reforma al Artículo 3º Constitucional*. De acuerdo con esta reforma,

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

4. *El periodo de la transición a una sociedad más abierta y plural (1995-2003)*

Durante esta época se han presentado en los diferentes escenarios: nacional, regional e internacional; diversas rupturas epistemológicas, tanto en el ámbito ontológico como en el gnoseológico y teleológico.

En nuestro país se han acelerado los procesos de integración y globalización de los mercados, por una parte. Y, por la otra, cabe hacer mención que el partido en el poder entró en crisis, y en consecuencia perdió su hegemonía. En mucho, tuvo que ver la disociación del ejecutivo para con su partido. Además, se identificaron las rupturas a los anhelos y aspiraciones de las políticas públicas que se habían emprendido en el contexto del Estado de Derecho Social, que resultó del Proyecto de Nación, bajo la guía de los Constituyentes de 1917. Para algunos, se ha resquebrajado el concepto de la Soberanía Nacional, en cambio, para otros, significa una reconceptualización de la Soberanía. Lo cierto es que la penetración de la internacionalización del Capital, son una realidad, al igual que la informática y la cibernética. Han desarrollado en forma trascendente la comunicación satelital, se ha generado a través de dichos medios, una noción virtual de las distancias, así es como se ha desarrollado la cultura del Ciberespacio. También, hemos percibido la fractura y desvalorización que ha sufrido la Organización de las Naciones Unidas, en virtud de que, no se han respetado los acuerdos multilaterales para conservar, fortalecer y desarrollar la paz dentro del contexto internacional; entre otras razones, por la presencia hegemónica y dominante de una hiperpotencia, que en expresiones unilate-

³⁹ *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 6ª ed., *op. cit.*, p. 1141.

rales ha desatendido las resoluciones del Consejo de Seguridad de la O.N.U. Lo cual, pone en predicamento a las Instituciones Jurídicas Internacionales.

En términos generales, se podría convenir que la transición está plétórica de importantes sorpresas que ahondan más los escenarios de la incertidumbre. Razón por la cual, ha sido bien vista por todos los sectores sociales, la *Sexta Reforma al Artículo 3° Constitucional* y de la tercera reforma al artículo 31, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; al establecer la obligatoriedad de la educación preescolar, primaria y secundaria; ya que, forman la educación básica para el desarrollo de la Sociedad Mexicana.

5. *El periodo de transición y de contradicción de una sociedad abierta a una cerrada e intolerante. La guerra contra el crimen organizado (2003-2012)*

Con el propósito de garantizar el respeto, observancia y hacer efectivos los derechos humanos en nuestro país, se lleva a cabo, como parte de una reforma integral respecto de los derechos humanos,⁴⁰ la *séptima Reforma Constitucional al artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, durante el mandato presidencial de Felipe Calderón. En esta reforma se estableció que: “la educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar

⁴⁰ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 10 de junio de 2011.

Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Diario Oficial de la Federación, México, Secretaría de Gobernación, 10 de junio de 2011, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (Última consulta: 24 de octubre de 2011)

armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, *el respeto a los derechos fundamentales* y la conciencia internacional, en la independencia y en la justicia”.

Considerando que los Derechos humanos son aquellos derechos fundamentales inherentes al ser humano, en donde la dignidad humana, el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, son constitucionalmente reconocidos. Consecuentemente, la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, independencia, indivisibilidad y progresividad.⁴¹

Asimismo, es durante esta etapa cuando se promulga la octava Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media superior en nuestro país.

A fin de lograr de manera igualitaria para todos los mexicanos mejores condiciones de vida, que permitan el fortalecimiento de la competitividad individual y colectiva que se demanda en la era de la globalización y del capital transnacional. Ahora bien, dicha reforma implica un mayor presupuesto para la educación, con el propósito de garantizar calidad, equidad y cobertura, lo que lo que conlleva a invertir tanto en la infraestructura material (construcción y equipamiento de aulas, etc.) y humana (formación y desarrollo del personal docente). Dicha reforma tendrá un costo aproximado para el primer año de 68 mil 411 millones de pesos, incrementándose dicho monto de manera gradual hasta alcanzar 146 mil 434 millones de pesos en 2015.⁴²

Sin embargo, pasamos a una sociedad más cerrada e intolerante. En donde, el Estado laico se cuestiona y afloran posiciones ideológicas regresivas que pretenden estar por arriba de los avances científicos, tecnológicos y

⁴¹ Se considera conveniente señalar de manera breve qué se entiende por cada uno de estos principios:

1. Universalidad: de conformidad con la doctrina internacional de los derechos humanos, éstos corresponden a todas las personas por igual.

2. Interdependencia: consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados.

3. Indivisibilidad: se refiere a que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad.

4. Progresividad: establece la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución en esta tarea.

⁴² Cfr. *Diario de Debates*, Cámara de Senadores, LXI Legislatura, Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer año de ejercicio, México, 7 de abril de 2010, p. 17 de 62.

humanistas. Además de poner en cuestionamiento los Derechos Fundamentales de la libertad y de la dignidad humana, con motivo de la guerra contra el crimen organizado, han perdido la vida muchas personas inocentes, y las víctimas pasan a ser consideradas como daños colaterales.

La educación pública, gratuita y obligatoria como derecho social se debilitan con las disminuciones al gasto social. En cambio, haciendo eco a la política económica neoliberal, se ha instrumentado un fortalecimiento a la privatización de la educación superior. Al respecto, cabe resaltar, lo siguiente:

El pasado 9 de enero, Felipe Calderón anunció el Programa de Financiamiento de la Educación Superior, que prevé otorgar créditos bancarios con la garantía de Nacional Financiera (Nafin) y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), por un monto de 2 mil 500 millones de pesos, etiquetados para 23 mil plazas a distribuirse en 21 universidades privadas.⁴³

Los préstamos, que estarán a cargo de Financiera Educativa México (Fiem), Banco Santander, HSBC, Bancomer y Banorte, serán de 250 mil a 280 mil pesos a pagar en plazos de 15 años y medio con tasas de interés que irán de 9 a 13% anual.

Con la incorporación de los 23 mil beneficiarios del financiamiento promovido por Calderón, el aumento de la matrícula nacional de estudiantes en educación superior alcanzaría “un impacto mínimo” de apenas 0.8%. Y se pregunta: “¿Cuántos estudiantes más podrían adherirse al Programa Nacional de Becas para la Educación Superior (Pronabes) con esos recursos?” La respuesta es que se podrían triplicar los más de 300 mil apoyos que actualmente otorga ese programa.⁴⁴

En el sistema de créditos se dio concesión a 21 universidades, bajo dos criterios que fueran grandes en cuanto a matrícula y cumplieran ciertos estándares de calidad.⁴⁵

¿Para elegir los 23 mil alumnos, se busca también un perfil socioeconómico determinado? Se le pide a cada uno de los alumnos su poder adquisitivo familiar, su estatus socioeconómico. Estamos partiendo de que esos alumnos puedan pagar esos créditos, aunque ahorita sólo pagan los intereses.

La familia necesitaría un aval para tomar en cuenta los pagos de intereses que se tienen que hacer en este momento. Para la parte del capital, que se pagaría seis meses después de haber egresado, lo que se busca es que el alumno con su propio, trabajo lo pueda pagar.

⁴³ Igartúa, Santiago, Las becas tramposas de Calderón, en *Revista Proceso*, México, No. 1843, 26 de febrero de 2012, p. 35.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 36.

“Los créditos van dirigidos a un sector, de clase media o clase media alta que antes podía ingresar a la universidades privadas y que por cuestiones económicas en los últimos años ya no lo pueden hacer. Están tratando de recuperar para las universidades privadas un público que tenían y que han perdido”. Según Carlota Guzmán.

Para Adrián de Garay la explicación del programa de financiamiento responde a una generación gubernamental que no tiene claro qué es lo público. Es inadmisibles que el señor (Calderón) otorgue 2 mil 500 millones para que se beneficien la banca privada y las escuelas privadas con las cuotas que los jóvenes van a pagar. No acaban de entender que la principal responsabilidad de la educación es pública.⁴⁶

Finalmente, durante este mismo periodo la novena reforma al artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación mediante fecha de 26 de febrero de 2013.⁴⁷ En esta reforma se establece la obligatoriedad de realizar evaluaciones periódicas a los profesores tanto para su admisión como para su permanencia. Para ello se crea un Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación que es el organismo encargado del Sistema Nacional de Evaluación Educativa que tiene por finalidad garantizar la educación de calidad en los niveles básico y medio superior.

La razón de ser de esta reforma constitucional se puede ubicar en la baja calidad del sistema educativo de nuestro país. Así, en el diagnóstico realizado por la Coalición Ciudadana por la Educación se expresa que:

Los resultados de tres pruebas estandarizadas e independientes entre sí (EXCALE, ENLACE y PISA) coinciden en que un porcentaje importante de estudiantes en México no está aprendiendo los contenidos mínimos para desarrollar sus capacidades intelectuales. Por ejemplo, en 2006 en la prueba PISA, aplicada a estudiantes de 15 años por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), México se ubicó en el último lugar de los miembros de la OCDE y en el lugar 48 de 57 países en una muestra ampliada, según la escala para dominio de las ciencias. A esto se suman problemas

⁴⁶ Igartúa, Santiago, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁷ En la exposición de motivos de dicha reforma educativa se expresa entre otras consideraciones las siguientes:

1. Hacer realidad la educación de calidad en México.
2. Hacer frente a los rezagos educativos que han frenado el desarrollo del país.
3. Establecer reglas de transparencia que premian y reconocen el mérito académico.
4. Aprobar las leyes fundamentales:
 - a) Ley General del Sistema Profesional Docente.
 - b) Ley General de Educación.
 - c) Ley General del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

serios de acceso de los jóvenes a educación media superior y superior (el 40% de los jóvenes entre 16 y 18 años no asiste a la escuela); de rezago educativo (hay casi 6 millones de personas mayores de 15 años que no saben leer ni escribir y el 44% de la población adulta no terminó su educación básica); las desigualdades existentes al interior del sistema educativo (la escolaridad promedio en regiones indígenas es de 1 año y medio en comparación de 8 años a nivel nacional); y la dificultad en la sociedad para comprender la magnitud del problema (el 60% de los padres de familia está satisfecho con la educación que reciben sus hijos).⁴⁸

De acuerdo con dicho diagnóstico:

Existen tres factores que ayudan a explicar la baja calidad de la educación en México. El primero es la presencia de desigualdades económicas, la mayoría de los alumnos que desertan provienen de los sectores socio-económicos más bajos. Un segundo factor es la falta de infraestructura escolar adecuada con serias deficiencias — como la falta de luz eléctrica y agua — presentes en la mitad de las escuelas. Por último, existen relaciones corruptas e inequitativas dentro del sistema educacional. Este último factor incluye las relaciones de poder y los mecanismos politizados que determinan cómo los maestros acceden a sus plazas, permanecen y ascienden dentro del sistema educativo. También, el bajo número de días efectivos de clases y la falta de colaboración eficaz entre la escuela y la comunidad impactan negativamente sobre el aprendizaje dentro del aula y sobre la calidad de la educación.⁴⁹

Pues bien, la reforma constitucional del 26 de febrero de 2013, tiene por objeto principal modificar la estructura y el diseño de las políticas educativas, puesto que ya no se trata de dar pasos de carácter cuantitativo, sino conjugar el aumento de la población estudiantil en cualquiera de sus niveles con la mejora de la calidad educativa. Al respecto, es prudente citar lo que el propio texto constitucional establece: “El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos”.⁵⁰

⁴⁸ Coalición Ciudadana por la Educación, *¿Qué pasa con la calidad de la educación en México? Diagnóstico y propuestas desde la sociedad civil*, México, Coalición Ciudadana por la Educación, s. a., p. 2, disponible en: <http://3sector.files.wordpress.com/2011/02/porlaeducacion2.pdf> (última consulta: 1 de noviembre de 2013).

⁴⁹ Coalición Ciudadana por la Educación, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁰ Artículo 3, párrafo tercero, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017, última reforma del 8 de

Ahora bien, el concepto de “calidad de la educación” es bastante complejo, ya que puede referirse tanto al desarrollo cognitivo de los educandos como a la introyección de valores culturales. Así es como lo entiende la UNESCO:

En primer lugar, consideran que el desarrollo cognitivo es un importante objetivo explícito de todos los sistemas educativos. El grado en que éstos logran realmente ese objetivo constituye un indicador de su calidad. Aunque ese indicador puede medirse con relativa facilidad —por lo menos dentro de cada sociedad, y a veces mediante comparaciones internacionales—, es mucho más difícil determinar cómo mejorar los resultados. Así pues, si la calidad se define en términos de adquisiciones en el plano cognitivo, los modos de incrementarla no son ni sencillos ni universales. El segundo elemento es el papel de la educación en: el estímulo del desarrollo creativo y emocional de los educandos; la contribución a los objetivos de paz, civismo y seguridad; la promoción de la igualdad; de la transmisión de los valores culturales, tanto universales como locales, a las generaciones futuras. Muchos de esos objetivos se definen y enfocan de diversas maneras en el mundo. El grado de su consecución es más difícil de determinar que el desarrollo cognitivo.⁵¹

De estas dos dimensiones de la calidad educativa, la reforma constitucional y las leyes secundarias que la reglamentan han seguido la línea de la primera, es decir, se ha enfocado a promover una educación que funja como herramienta que de solución a los problemas cotidianos, es decir, conciben a la educación desde el punto de vista cognitivo. Por ejemplo, de acuerdo a los planteamientos y recomendaciones neoliberales, la Ley General de Educación, reformada por última vez el 11 de septiembre del año en curso, define a la calidad como “la congruencia entre los objetivos, resultados y procesos del sistema educativo, conforme a las dimensiones de eficacia, eficiencia, pertinencia y equidad.”⁵²

Ahora bien, en la misma reforma de febrero de este año se adicionó la fracción IX a efecto de garantizar la calidad educativa. En esta fracción se crea un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio pro-

octubre de 2013, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (Última consulta: 1 de noviembre de 2013).

⁵¹ UNESCO, “Entender qué es la calidad de la educación”, en *Educación para todos. El imperativo de la calidad*, UNESCO, París, 2005, p. 31 y 32.

⁵² Artículo 8, VI, *Ley General del Servicio Profesional Docente*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1993, Última Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación 11 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/137.pdf> (Última consulta: 4 de noviembre de 2013).

pio, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, al cual le corresponde, como parte de sus funciones para hacer valer el postulado de la educación de calidad dentro del Sistema Nacional de Evaluación Educativa:

- a) Diseñar y realizar las mediciones que correspondan a componentes, procesos o resultados del sistema;
- b) Expedir los lineamientos a los que se sujetarán las autoridades educativas federal y locales para llevar a cabo las funciones de evaluación que les corresponden, y
- c) Generar y difundir información y, con base en ésta, emitir directrices que sean relevantes para contribuir a las decisiones tendientes a mejorar la calidad de la educación y su equidad, como factor esencial en la búsqueda de la igualdad social.⁵³

V. ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 3º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE FECHA 2013

Durante muchos años el sistema educativo nacional orientado a través de su política de gasto público social generó legitimidad a las autoridades políticas del Estado mexicano. Sin embargo, a finales del año 1982 a la fecha se establece una política de reducción al presupuesto de la educación pública y es así como se inicia el desarrollo de la inversión privada en materia educativa en todos sus niveles. Dichos cambios en la política educativa nacional se vieron fortalecidos con los lineamientos con la modernización educativa vinculada al modelo educativo auspiciado por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, haciendo a un lado el modelo de la política educativa sustentado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Sin embargo, las raíces y la estructura del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación siguen cobijando sus políticas de exclusión, es decir, dicho sindicato apoyó el ingreso y permanencia de los trabajadores de la educación sin vocación de servicio a la calidad educativa y menos a la actualización y capacitación académica de los docentes. Dicha política se mantuvo hasta antes del año 2010, mediante la venta de plazas o a través de la sucesión de padres a hijos u otros familiares de las mismas, sin considerar como fin máximo la calidad educativa. Estas concesiones explican

⁵³ Artículo 3, IX, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017, última reforma del 8 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm> (Última consulta: 1 de noviembre de 2013).

y justifican en parte la presencia vitalicia de sus líderes que además llegaron a excesos de corrupción e impunidad. Consecuentemente, no causa extrañeza de las razones que fundamentan el deterioro del sistema educativo mexicano, prueba de ello son las pruebas de evaluación que se han hecho de manera permanente en los últimos diez años, en donde México aparece en el último lugar de la Prueba Pisa 2009 realizada bajo los auspicios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

Dichas irregularidades nos permiten comprender en parte los excesos del poder y de corrupción de la ex-lideresa vitalicia del magisterio nacional⁵⁴, a quien se le calcula una fortuna inimaginable e inexplicable su enriquecimiento. De ahí que actualmente existan dos procesos penales en su contra, toda vez que existen varias imputaciones en contra de Elba Esther Gordillo.

Ahora bien, sin lugar a dudas existe consenso general acerca de la última reforma al artículo 3º constitucional. Entre otras razones porque se pone el dedo en la llaga. Es impostergable y necesario el dar respuesta al deterioro del sistema educativo nacional. De ahí la necesidad de elaborar diagnósticos objetivos que nos den parámetros e indicadores racionales de la urgente necesidad de establecer criterios de evaluación académica a los docentes. Tanto para aquéllos que ya tienen una plaza definitiva como para aquéllos que van a ingresar y la permanencia, promoción y reconocimiento de los docentes del sistema educativo nacional en sus niveles de educación básica y media superior.

Al respecto, cabe destacar que desde la reforma al artículo 3º constitucional de 1980 se establece la autonomía de la Universidad y se impulsan políticas de ingreso y permanencia para los universitarios. A mayor abundamiento de razones para promover y desarrollar la investigación científica, tecnológica y humanista a nivel nacional, a partir del decreto presidencial de 1984 se establece el Sistema Nacional de Investigadores vinculado a la SEP-CONACYT en donde para el ingreso, promoción y permanencia de los investigadores en sus diferentes niveles, Candidato, Nivel I, Nivel II y Nivel III e Investigadores Nacionales Eméritos se someten a comités de evaluación, a fin de garantizar el fortalecimiento de la actividad científica, tecnológica y humanista de nuestro país, además haciendo un reconocimiento a aquéllos profesores investigadores que se dedican a dichas actividades.

⁵⁴ Es de dominio público a través de los medios de comunicación masiva: radio, televisión y prensa escrita. Al efecto, existen en su contra : el primero se encuentra radicado en el Juzgado Sexto de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal bajo el número de expediente 11/2013; el segundo en el Juzgado Decimocuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal bajo el número de causa 91/2013-c.

Sin embargo, la expresión política de las movilizaciones del magisterio tanto del SNTE como de la CNTE han expresado que dicha problemática no solamente es responsable del magisterio sino también de las autoridades de la Secretaría de Educación Pública y más allá de la política educativa nacional. Sin embargo, la inconformidad a la reforma al artículo 3° constitucional, según los líderes de ambos sindicatos, dicha reforma atenta contra derechos laborales adquiridos. De ahí su rechazo total para la política de evaluación para la permanencia y promoción de los docentes de educación básica y media superior. Empero, desde la perspectiva de quienes visualizan a la reforma educativa establecida en el artículo 3° constitucional de nuestro país se identifican las estrategias académicas para impulsar la calidad educativa en la República mexicana y de esa manera corregir en parte y de manera gradual los problemas disfuncionales de corrupción, impunidad, ineficacia e ineficiencia de aquéllos sectores del magisterio que no cumplen con su vocación del servicio profesional docente en y para beneficio de la educación de los mexicanos en sus niveles básico y media superior.

Por su parte, Hugo Aboites expresa:

Los docentes argumentan, no sin razón, que se trata de una medida extrema, pues durante meses y por múltiples canales buscaron de forma infructuosa un diálogo real sobre los graves inconvenientes laborales y educativos que tenía el proyecto de un nuevo orden jurídico en la educación, diálogo que nunca se dio. La figura de la suspensión de labores escolares, por cierto, no es totalmente ajena al marco de la legalidad mexicana. Existe como recurso perfectamente legal que tienen todos los trabajadores de la educación de todos los niveles y modalidades aunque, como es obvio, en el estado de subordinación permanente del titular (SNTE) es inconcebible que se declare de manera formal. Pero ahí está, como un derecho que no fue tocado con la reforma y, por eso, forma parte del estado de derecho.⁵⁵

Sin embargo, en la crítica y autocrítica podemos convenir de manera objetiva y racional que la educación es de interés público y social, es un servicio público que atañe a todos los mexicanos que forma parte de las alternativas que históricamente se han diseñado a través de la política educativa nacional para hacerle frente a las desigualdades que existen en nuestro país. Por lo tanto, es un absurdo total el no solidarizarse con la política de la calidad educativa, la cual conlleva una reestructuración de todo el sistema educativo nacional. De ahí la modificación y presencia de una legisla-

⁵⁵ Aboites, Hugo, “¿El interés superior de los niños y jóvenes en la educación?”, en *La Jornada*, 26 de octubre de 2013, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2013/10/26/opinion/014a2pol> (Última consulta: 4 de noviembre de 2013).

ción más acorde para hacer realidad la reforma educativa nacional que nos permita de manera gradual y racional hacer a un lado todos los vicios que se han acumulado durante muchos años y que fueron enmascarados en el último periodo presidencial del régimen panista, hasta el extremo de haber llegado a un cinismo por parte de la ex-lideresa del SNTE de expresar que el Presidente Felipe Calderón Hinojosa le debía el triunfo al magisterio. Dichas ínfulas por parte de los líderes del magisterio agremiados en la CNTE llegaron a excesos así como los del SNTE. Consecuentemente, considero al igual que otros que de manera muy atinada y prudente se logró la novena reforma al artículo 3° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como a la legislación secundaria que gira en torno a la calidad educativa.

A este respecto, cabe citar la reforma a la Ley General en Educación (ley que se compone de de 83 artículos ordinarios y 13 artículos transitorios) y el establecimiento de la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 2013 bajo el mandato del presidente Enrique Peña Nieto y que se compone de 68 artículo ordinarios y 13 artículos transitorios) y la Ley General del Servicio Profesional Docente (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 2013 bajo el mandato del presidente Enrique Peña Nieto, que compone de 83 artículos ordinarios y 22 artículos transitorios).

1. *Ley General de Educación.*

La Ley General de Educación fue publicada en el DOF el 29 de julio de 1993 y cuenta con numerosas y sustanciales reformas, de las cuales la última ha sido la del 11 de septiembre de 2013. La ley se compone de de 83 artículos ordinarios y 13 artículos transitorios. Se compone de los siguientes capítulos.

Capítulo I. Disposiciones generales.

Capítulo II. El federalismo educativo.

Sección 1.- De la distribución de la función social educativa.

Sección 2.- De los servicios educativos

Sección 3.- Del financiamiento a la educación.

Sección 4.- De la evaluación del sistema educativo nacional.

Capítulo III. De la equidad en la educación.

Capítulo IV. El proceso educativo.

Sección 1.- De los tipos y modalidades de la educación.

Sección 2.- De los planes y programas de estudio.

Sección 3.- Del calendario escolar.

Capítulo V. De la educación que impartan los particulares.

Capítulo VI. De la validez oficial de estudios y de la certificación de conocimientos.

Capítulo VII. De la participación social en la educación.

Sección 1.- De los padres de familia.

Sección 2.- De los consejos de participación social.

Sección 3.- De los medios de comunicación.

Capítulo VIII. De las infracciones, las sanciones y el recurso administrativo.

Sección 1.- De las infracciones y las sanciones.

Sección 2. Del Recurso administrativo.

Esta Ley regula la educación que imparten el Estado -Federación, entidades federativas y municipios. La función social educativa de las universidades y demás instituciones de educación superior a que se refiere la fracción VII del artículo 3o.de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se menciona como debe ser el servicio de educación impartido por el Estado el cual debe ser laico, gratuito, democrático, contribuirá a la mejor convivencia humana.

También se establece que se constituye el sistema educativo nacional por educandos, educadores, padres de familia, autoridades educativas, el servicio profesional docente, los programas, métodos y materiales educativos, las instituciones, la evaluación educativa y la infraestructura educativa.

La educación básica está compuesta por el nivel preescolar, primaria y secundaria.

Los estudios realizados dentro del sistema educativo nacional tendrán validez en toda la República.

Son participantes de la educación los padres de familia, los consejos de participación social, los medios de comunicación.

Quienes impartan servicios públicos e incumplan con su deber serán infraccionados.

2. Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

La Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 2013

bajo el mandato del presidente Enrique Peña Nieto. Se compone de 68 artículo ordinarios y 13 artículos transitorios. Su disposición es la siguiente:

Capítulo I. Disposiciones Generales

Capítulo II. Del Sistema Nacional de Evaluación Educativa

Sección primera. Del objeto, fines e integración del Sistema Nacional de Evaluación Educativa.

Sección segunda. De las competencias.

Capítulo III. Del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.

Sección primera. De la Naturaleza, objeto y atribuciones del Instituto.

Sección segunda. Del gobierno, organización y funcionamiento.

Sección tercera. De los lineamientos y directrices.

Sección cuarta. De los mecanismos de colaboración y coordinación.

Sección quinta. De la información pública.

Sección sexta. De la vigilancia, transparencia y rendición de cuentas.

Sección séptima. Del régimen laboral.

Capítulo IV. De las Responsabilidades y Faltas Administrativas

Capítulo V. De la Participación Social

3. *Ley General del Servicio Profesional Docente.*

Al igual que la ley anterior, la Ley General del Servicio Profesional Docente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 2013 bajo el mandato del presidente Enrique Peña Nieto. Se compone de 83 artículos ordinarios y 22 artículos transitorios. Se estructura de la siguiente manera:

Titulo Primero: Disposiciones generales

Capítulo I: Objeto, definiciones y principios.

Capítulo II: De la distribución de competencias.

Titulo Segundo: Del servicio profesional docente.

Capitulo I: De los propósitos del servicio.

Capítulo II: De la mejora de la práctica profesional.

Capítulo III: Del ingreso al servicio.

Capítulo IV: De la promoción a cargos con funciones de dirección y de supervisión.

Capitulo V: De la promoción en la función.

Capítulo IV: De otras promociones en el servicio.

Capítulo VII: Del reconocimiento en el servicio.

Capítulo VIII: De la permanencia en el servicio.

Título Tercero: De los perfiles, parámetros e indicadores.

Capítulo I: De los perfiles, parámetros e indicadores en la educación básica.

Capítulo II: De los perfiles, parámetros e indicadores en la educación media superior.

Capítulo III: Del procedimiento para la definición y autorización de los perfiles, parámetros e indicadores.

Título Cuarto: De las condiciones institucionales.

Capítulo I: De la formación continua, actualización y desarrollo profesional.

Capítulo II: De otras condiciones.

Título Quinto: de los derechos obligaciones y sanciones.

De acuerdo con el artículo 13, los propósitos de la Ley General del Servicio Profesional Docente son:

I. Mejorar, en un marco de inclusión y diversidad, la calidad de la educación y el cumplimiento de sus fines para el desarrollo integral de los educandos y el progreso del país;

II. Mejorar la práctica profesional mediante la evaluación en las escuelas, el intercambio de experiencias y los apoyos que sean necesarios;

III. Asegurar, con base en la evaluación, la idoneidad de los conocimientos y capacidades del Personal Docente y del Personal con Funciones de Dirección y de Supervisión;

IV. Estimular el reconocimiento de la labor docente mediante opciones de desarrollo profesional;

V. Asegurar un nivel suficiente de desempeño en quienes realizan funciones de docencia, de dirección y de supervisión;

VI. Otorgar los apoyos necesarios para que el Personal del Servicio Profesional Docente pueda, prioritariamente, desarrollar sus fortalezas y superar sus debilidades;

VII. Garantizar la formación, capacitación y actualización continua del Personal del Servicio Profesional Docente a través de políticas, programas y acciones específicas, y

VIII. Desarrollar un programa de estímulos e Incentivos que favorezca el desempeño eficiente del servicio educativo y contribuya al reconocimiento escolar y social de la dignidad magisterial.

VI. REFLEXIONES FINALES.

La justicia social en materia educativa implica compromiso social y responsabilidad de toda la sociedad a fin de conservar y fortalecer la cohesión armónica de la sociedad mexicana, el desarrollo de las instituciones así como aminorar las asimetrías socioeconómicas, promover la distribución del ingreso y de la riqueza de los gobernados, impulsar el avance científico, tecnológico y humanista a través de la calidad educativa que nos permita, además, erradicar el analfabetismo y ser más competitivos en la era de la globalización que se sustenta en la sociedad del conocimiento. La justicia social en materia educativa no significa anarquía, corrupción, impunidad e ineficiencia.

Así, considero, al igual que otros estudiosos, que el Constitucionalismo Social representa el paradigma jurídico que surge y evoluciona en y para beneficio de la sociedad en su conjunto, toda vez que gracias a este modelo jurídico de organización social y política, se logran armonizar y aminorar los antagonismos y contradicciones de las clases sociales representados por los desamparados que carecen de lo mínimo necesario en relación con aquellos pequeños sectores de la sociedad que poseen todo y en abundancia. Así, en el Estado de Derecho Social Democrático orientado y organizado a través del constitucionalismo social, se establecen estrategias para alcanzar los valores y fines que tienen que ver con la justicia social.

En nuestro país, a lo largo de su historia patria hayamos la preocupación constante y permanente de regular jurídicamente el Derecho a la Educación, así como de las relaciones que se generan con dicha actividad, entre las autoridades del Estado, los educadores, los educandos, y los diferentes sectores de la sociedad mexicana.

De esta manera, encontramos desde la primera reforma del artículo 3º Constitucional (1934), el considerar a la educación como una garantía social que se genera dentro del marco conceptual de servicio público, hasta la nove reforma del referido artículo (en el 2013), sobre calidad educativa y la instauración constitucional del Instituto Nacional de la Evaluación de la Educación.

Asimismo, en la Republica Mexicana, todo individuo tiene derecho a la educación, como una expresión universal, *erga omnes*; razón por la cual, dicho derecho es considerado como uno de los derechos fundamentales del ser humano, para el efecto de crecer y desarrollarse en la libertad e igualdad jurídica.

Además, de generar ambientes que fortalezcan la solidaridad internacional, el respeto a la dignidad humana, mediante la búsqueda de valores y fines, que permitan construir un mejor mañana para todos, haciendo a un

lado las asimetrías culturales y de buscar un desarrollo social, económico, justo y equilibrado; en un ambiente de respeto a la legalidad, y de la legitimidad de las instituciones jurídicas que regulan el diario acontecer de los mexicanos.

Finalmente, a través de la reforma al artículo 3° constitucional de fecha 26 de febrero de 2013 se pretende entre otras cosas una reestructuración en las relaciones de las autoridades educativas y de los docentes del Sistema Educativo Nacional, a fin de lograr la tan anhelada calidad educativa y de esa manera lograr parámetros e indicadores educativos que nos permitan salir del deshonroso último lugar en materia educativa mundial según la evaluación de la OCDE. No se explica ni se justifica el rechazo a la reforma por parte de todos los docentes para su ingreso, para su promoción y para su reconocimiento, sobre todo que se han instrumentado criterios académicos como es la presencia de los exámenes por oposición para ocupar las plazas, la puesta en marcha de cursos de capacitación y actualización para la eficacia y eficiencia de los docentes del Sistema Educativo Nacional. Lo cual significa que es necesario que se hagan diagnósticos que nos permitan encontrar las fortalezas y debilidades de la infraestructura en donde se imparten clases, así como también la necesidad de un incremento salarial de los docentes que les permita vivir con dignidad. Así mismo es necesario que se acaben esas políticas que benefician a unos cuantos a través de la designación de dobles plazas y de comisiones que no se explican ni se justifican. Es necesario hacer un diagnóstico actual del por qué existen ingresos asimétricos de los docentes, es decir, por un lado, hay quienes obtienen salarios muy por debajo de los diez mil pesos y que se presenta generalmente en los docentes incorporados a los regímenes educativos indígenas y por otra parte encontramos sueldos mayores a los cuarenta mil pesos o más a favor de maestros que han adquirido dos plazas y otros que se encuentran en comisiones.

A pesar de todas las limitantes que tiene el sistema educativo nacional a continuación se presentan los siguientes datos, donde se advierten los avances cuantitativos que se han hecho a lo largo de los años no obstante las deficiencias que existen en materia de calidad:

La educación en México, durante el ciclo escolar 2010-2011, alrededor de 34 millones más 384 mil 971 tienen la calidad de alumnos, y representan un 31.7% en relación a la población total de mexicanos.⁵⁶ Ahora bien, la población escolar antes mencionada, es atendida por 1 millón más 801 mil 793

⁵⁶ SEP: Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos, Principales Cifras Ciclo Escolar 2010-2011. Fuente de consulta: http://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/1899/2/images/principales_cifras_2010_2011.pdf. Fecha de consulta: 19 de abril de 2012.

profesores, en 252 mil 061 escuelas. Del total de la matrícula, los hombres sumaron 17 millones más 244 mil 361 (50.16%) y las mujeres 17 millones más 140 mil 610 (49.84%).⁵⁷

A continuación, se mencionaran datos estadísticos de los diferentes niveles de escolaridad de la población escolar en nuestro país del periodo 2010-2011.

<i>Alumnos</i>			<i>Personal docente a/</i>	<i>Escuelas</i>
<i>Total</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>		
Preescolar 2010-2011 ⁵⁸				
4 641 060	2 344 421	2 296 639	222 422	91 134
Primaria 2010-2011				
14 887 845	7 604 864	7 282 981	571 389	99 319
Secundaria 2010-2011				
6 137 546	3 096 264	3 041 282	381 724	35 921
Bachillerato 2010-2011*				
3 811 473	1 858 644	1 952 829	250 712	13 711
Capacitación para el trabajo 2010-2011				
1 549 679	644 162	905 517	39 928	5 888
Licenciatura 2010-2011				
2 659 816	2 530 925	128 891	108 152	2 390
Posgrado 2010-2011				
208 225	99 383	108 842	38 026	1 906

* Nota: De acuerdo a las Estadísticas de la SEP, Ciclo Escolar 2010-2011, en el rubro de educación media superior aparece también un subrubro que se titula: Profesional Técnico, con una matrícula escolar de: 376 055 alumnos, de los cuales, 198 618 son hombres y 177 437 son mujeres, dicha matrícula es atendida por 27 557 docentes, en 1 399 escuelas. (Fuente de consulta: SEP: Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos, Principales Cifras Ciclo Escolar 2010-2011).

⁵⁷ SEP: Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos, Principales Cifras Ciclo Escolar 2010-2011.

⁵⁸ SEP: Sistema Educativo de los Estados Unidos Mexicanos, Principales Cifras Ciclo Escolar 2010-2011.

Asimismo, queda en forma programática, y para el futuro próximo, la educación superior. En fin, no dejan de ser meras aspiraciones, ya que difícilmente se harán realidad tanto en el corto como en el mediano plazo, sobre todo por el recorte presupuestal que año con año se establecen a las políticas públicas, que se destinan al gasto público de carácter social, lo cual ya no causa extrañeza en una política económica que desde hace ya varios años, le ha apostado al neoliberalismo económico, que se ve fortalecido por las políticas globalizadoras de los mercados y de la mundialización de capitales, que ponen en serios dilemas a las instituciones de justicia social que han emergido del derecho social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABOITES, Hugo, “¿El interés superior de los niños y jóvenes en la educación?”, en *La Jornada*, 26 de octubre de 2013, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2013/10/26/opinion/014a2pol> (Última consulta: 4 de noviembre de 2013)
- ARISTÓTELES, *La Política*, Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 5ª ed., México, Porrúa, 1973, Colecc. “Sepan Cuantos...”
- BOLTVINIK, Julio y DAMIÁN, Araceli (coords.), “Introducción. La necesidad de ampliar la mirada para enfrentar la pobreza”, en *La pobreza en México y el mundo. Realidades y desafíos*, México, Siglo XXI, 2004
- CARPIZO, Jorge: La Garantía Constitucional de la Autonomía Universitaria, en *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, UNAM, núm. 31, septiembre-diciembre de 1980
- CARPIZO, Jorge, “México: ¿Hacia una nueva Constitución?”, en MORODO, Raúl y VEGA, Pedro de, *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, 1ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2000, Tomo II
- Coalición Ciudadana por la Educación, *¿Qué pasa con la calidad de la educación en México? Diagnóstico y propuestas desde la sociedad civil*, México, Coalición Ciudadana por la Educación, s. a., p. 2, disponible en: <http://3sector.files.wordpress.com/2011/02/porlaeducacion2.pdf> (última consulta: 1 de noviembre de 2013)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, México, publicado en el DOF el 5 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf (Última consulta: 24 de octubre de 2013)

- Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 2ª ed., México, Manuel Porrúa, 1978, T. III
- Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*, 6ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados/ LVIII Legislatura, 2003, T. I
- Diario de Debates*, Cámara de Senadores, LXI Legislatura, Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer año de ejercicio, México, 7 de abril de 2010
- Diario Oficial de la Federación*, México, Secretaria de Gobernación, 10 de junio de 2011, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf (Última consulta: 24 de octubre de 2011)
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª ed., México, Porrúa/UNAM, 2003,
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución Mexicana”, en *La constitución mexicana: Rectoría del Estado y economía mixta*, México, IJ-UNAM, México, 1985
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Tres Textos Precursores en el Constitucionalismo Social”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, núm. 2-3, 1969
- IGARTÚA, Santiago, Las becas tramposas de Calderón, en *Revista Proceso*, México, No. 1843, 26 de febrero de 2012
- MELGAR ADALID, Mario, “Comentarios al Artículo 3º Constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, IJ/UNAM, 1995, T. I
- ORTIZ WADGYMAR, Arturo, *Política Económica de México, 1982-1994*, 2ª ed., México, Nuestro Tiempo, 1994
- PANTOJA MORÁN, David, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, México, UNAM, 1973 |
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “Estudio introductorio”, en *El Constitucionalismo Social en las Postrimerías del Siglo XX, Las Constituciones Latinoamericanas*, 2ª ed., México, IJ-UNAM, 1994, t. I,
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “Pobreza”, en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coord.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2011
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Derecho y Educación*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998
- UNESCO, “Entender qué es la calidad de la educación”, en *Educación para todos. El imperativo de la calidad*, UNESCO, París, 2005

VALADÉS, Diego, “Pobreza, Desarrollo y educación superior”, en *Este País-tendencias y opiniones*, México, núm. 104, noviembre de 1999

VALADÉS, Diego, *Derecho de la Educación*, 2ª ed., México, Ed. Mc Graw-Hill, 1997

VALADÉS, Diego, *Constitución y Política*, México, Universidad Complutense de Madrid-IJJ-UNAM, 1994

PROBLEMAS, NOVEDADES Y DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La parlamentarización de la forma presidencial de gobierno*. III. *La persistencia del hiperpresidencialismo*. IV. *Preocupación por mejorar la calidad de la democracia*. V. *Constitucionalismo de los derechos como modelo*. VI. *Constitucionalismo multicultural*. VII. *El Nuevo Constitucionalismo*. VIII. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en identificar algunas tendencias que han caracterizado la evolución del constitucionalismo latinoamericano de las últimas tres décadas y que han sido objeto de debate en la región. Algunas de dichas tendencias se refieren a temas “viejos” y otras a temas “nuevos”. Al explorarlas, me propongo discutir algunos de los problemas y desafíos que las mismas plantean.

De esta forma, considero que es posible hablar de las siguientes tendencias:

1. La parlamentarización de la forma presidencial de gobierno
2. La persistencia del hiperpresidencialismo
3. La preocupación por mejorar la calidad de la democracia
4. El Constitucionalismo de los derechos como modelo
5. El Constitucionalismo multicultural
6. El “Nuevo Constitucionalismo” (también llamado “constitucionalismo crítico” o “emancipador”)

En lo que sigue, me referiré a cada una de estas tendencias.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de la Facultad de Derecho de dicha universidad. Presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

II. LA PARLAMENTARIZACIÓN DE LA FORMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO

Identifico tres grandes preocupaciones del debate constitucional latinoamericano contemporáneo, a saber: la consolidación de la democracia, la eficacia del régimen político y el control del poder (en particular del Ejecutivo).

El tema de la consolidación de la democracia tiene mucho que ver con el ánimo de evitar el retorno de experiencias autoritarias que de manera recurrente han aparecido en la historia de nuestros países. Si con grandes esfuerzos se ha logrado implantar regímenes democráticos, hoy es prioritario tratar de encontrar alguna forma de asegurar la permanencia del arreglo constitucional democrático básico. En este sentido, la pregunta clave en la región ha sido la siguiente: ¿puede diseñarse algún tipo de sistema institucional que garantice la estabilidad del régimen democrático?

El debate entre parlamentarismo y presidencialismo que se ha dado en la región trató, precisamente, de dar respuestas a esta interrogante. El presupuesto básico de este debate consistió en considerar que la estabilidad depende de la capacidad de un determinado sistema institucional para resolver los conflictos entre los distintos poderes. Podríamos así distinguir entre sistemas cuyas reglas permiten canalizar institucionalmente y dar salida a los conflictos entre poderes; y sistemas en los cuales tales capacidades no existen o existen en menor número. Lamounier habló de estas capacidades en términos de “flexibilidad” y “rigidez”.¹ De esta manera, podríamos afirmar que muchos de los argumentos de los defensores de una y otra forma de gobierno, iban enfocados a identificar la “flexibilidad” de la forma de gobierno defendida, así como la “rigidez” de la forma de gobierno criticada.

Por otra parte, pensamos que el mismo dilema entre la “flexibilidad” y la “rigidez” como criterios para distinguir entre presidencialismo y parlamentarismo, también podría plantearse dentro del análisis de cada forma de gobierno, sea parlamentaria, presidencial o mixta. De hecho, el debate político-institucional en América Latina terminó por orientarse en este sentido, y así se ha tratado de encontrar los mecanismos institucionales que pudieran ayudar a “flexibilizar” al sistema presidencial, y contribuir de esta manera no sólo a la consolidación del régimen democrático, sino a resolver problemas de eficacia y de control del poder ejecutivo.

Se ha buscado entonces alcanzar estos objetivos tratando de idear salidas institucionales a los principales problemas que en dicha forma de go-

¹ Lamounier, Bolívar, *Parlamentarismo, sistema electoral e governabilidade*, IDESP, no. 39, Sao Paulo, 1991, pp. 6-9.

bierno se han percibido a lo largo de la experiencia histórica de nuestros países. Ahora bien, con toda la variedad que existe en cuanto al diseño del sistema presidencial en los países de la región, al parecer es posible identificar una tendencia general en este tema: la parlamentarización de los sistemas presidenciales, como bien ha explicado Diego Valadés.²

De esta manera, en algunos países (Argentina, Perú y Uruguay) se ha pensado que mecanismos de sistemas parlamentarios como el gobierno de gabinete y la confianza pueden contribuir a inducir la cooperación institucional con la pretensión de dar salidas institucionales adecuadas a los posibles conflictos que pueden presentarse bajo el esquema presidencial de gobierno.

¿Debilitan estos mecanismos al Ejecutivo en términos de eficacia? Considero que no, e incluso puede argumentarse que en su lógica institucional, tienden a fortalecer el poder gubernamental, en tanto que los programas y decisiones del gobierno cuentan con apoyo del Congreso.³

Por otro lado, se ha considerado en varios países que la introducción de figuras del sistema parlamentario en el esquema presidencial también puede contribuir a fortalecer los mecanismos de control del poder y de responsabilidad política, a través de instituciones como las preguntas parlamentarias, la interpelación y la censura en sus diversas modalidades (como ya existen en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

Ahora bien, frente a esta tendencia, siempre es conveniente tener presente una nota de precaución: en su consideración como posibles complementos de un régimen presidencial, los mecanismos del sistema parlamentario no deben verse como buenos en sí mismos. Cada uno debe ponderarse en función de los efectos (positivos o negativos) que pueden generar una vez incorporados en el esquema general del sistema presidencial.

III. LA PERSISTENCIA DEL HIPERPRESIDENCIALISMO

A pesar de desarrollos institucionales recientes, la tendencia histórica al “hiperpresidencialismo” sigue presente en muchos países de la región. Una manifestación de esta tendencia se encuentra en el uso y abuso de los decretos-ley, es decir, los decretos del poder ejecutivo con fuerza de ley.

² Valadés, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, UNAM, México, 2ª edición, 2008.

³ *Ibid.*, pp. 11 y 216.

El argumento que justifica la constitucionalización de esta práctica del ejercicio del poder en muchos países latinoamericanos es bien conocida. Así, se dice que pueden presentarse circunstancias de extrema gravedad o fuerza mayor, de grave peligro para el país, o de gran complejidad, a las que solamente se puede dar una respuesta mediante una intervención directa y rápida del poder ejecutivo. Por ello se concluye que no conviene desaparecerlos o prohibirlos, sino regularlos en la Constitución.

Esta actitud es lo que en Argentina se llegó a denominar, en el mejor de los casos, “realismo jurídico-político”⁴, y en el peor, “sociologismo constitucional”⁵.

En la realidad de la vida política de nuestros países, esta institución viene a contradecir de manera directa el objetivo explícito que muchas veces se escucha en la retórica de la reforma constitucional en la región, o sea, el atenuar los excesos del presidencialismo. En mi opinión, los decretos-ley significan un claro e indebido avance del Ejecutivo sobre el Congreso, y pervierten la idea de una comunidad política que se gobierna a sí misma, a través de leyes que son producto de deliberación pública y plural en la que participan los representantes del pueblo.

Asimismo, otra tendencia que en mi opinión apunta hacia el fortalecimiento del presidencialismo en la región, es el de las reformas que han tenido por objeto la reelección presidencial. Como sabemos, existen argumentos en pro y en contra de esta posibilidad. Entre los argumentos en favor de la reelección presidencial, se suele decir que no se justifica en sistemas de elección directa con mandatos relativamente reducidos. Se afirma que en un sistema de elección directa, al pueblo, como soberano, corresponde legítimamente decidir si conviene o no reelegir al presidente en turno por un período más. Además, se suele afirmar que la prohibición de la reelección presidencial puede privar a la nación de un estadista que ya ha mostrado su capacidad para gobernar bien.

Por mi parte, me quedo con un argumento que considero “fuerte”, contrario a la reelección presidencial (sobre todo la inmediata): en perspec-

⁴ Mejor que la reforma encarara el tema de los decretos de necesidad y urgencia para limitarlos, con el mayor rigor posible, “en un perímetro de excepcionalidad verdadera y de dificultades de trámite, en vez de rechazarla rotundamente.” Bidart, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI, La Reforma Constitucional de 1994, EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 429

⁵ “La pretensión de legitimar, o mejor dicho, de “legalizar” muchas circunstancias del ejercicio práctico del poder en la Argentina de los últimos años, nos está llevando por el camino del “sociologismo constitucional”, es decir, la Constitución vista como reflejo de los factores reales de poder.” Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La Reforma Constitucional Argentina*, 1994, A.A.D.C., Buenos Aires, 1994, Comentario de Alberto Ricardo Dalla Vía, p. 98

tiva histórica y regional, la no-reelección presidencial ha sido uno de los pocos mecanismos de control sobre el hiperpresidencialismo latinoamericano. Como en su momento apuntó Carlos Nino en una región en cuyos países se ha demostrado la ausencia de controles institucionales efectivos sobre la actividad del poder ejecutivo, la no-reelección presidencial (absoluta o relativa) ha venido a significar la única posibilidad de atenuar el “hiperpresidencialismo”. El cambio obligado-señaló Nino- dificulta el crecimiento y la extensión de los vicios ligados a la perpetuación autocrática en el poder, fenómeno por demás característico del historial político de América Latina.⁶

IV. PREOCUPACIÓN POR MEJORAR LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Lograr elecciones libres, auténticas y competitivas ha sido un gran reto para la mayoría de los países de la región. Mucho se ha logrado en gran parte de los países al contar con órganos autónomos para organizar los procesos electorales. Sin embargo, elecciones libres no son suficientes para conformar democracias representativas consolidadas.

Sin que el tema electoral se encuentre plenamente ‘resuelto’, se percibe en la región un giro, sobre todo en los medios académicos, que sugiere buscar nuevos enfoques para hacer la crítica de la democracia en América Latina, que permitan re-orientar la observación e identificar opciones de avance a efecto de consolidar y profundizar nuestras democracias.

Este enfoque implica centrar la atención en la calidad de la representación, y propone que las elecciones no sean el único momento relevante de contacto entre representantes y representados; que el acto electoral no sea concebido como delegación ciega de poder de electores a elegidos; que el ejercicio de la representación democrática se vincule a la noción de rendición de cuentas a los ciudadanos. Esto implica construir prácticas participativas diversas que contribuyan a establecer un denso campo de estructuras de intermediación entre sociedad y Estado.⁷ En otras palabras, se trata de ir “más allá de las elecciones” (y de las definiciones operaciona-

⁶ Nino, Carlos, S., Conferencia del 19 de agosto de 1993, en García Lema, Alberto, Héctor Masnatta *et al.*, *Reforma de la Constitución Nacional*, Fundación Omega Seguros, Colección Temas Jurídicos, Argentina, 1993, p. 56.

⁷ Ver Peruzzotti, Enrique, “El Otro Déficit de la Democracia Delegativa. Retomando el Debate Acerca de la Rendición de Cuentas en las Democracias Contemporáneas de América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 2, julio 2010, pp. 48-55.

les mínimas que han sido de gran utilidad en el estudio de las transiciones democráticas) y de las visiones concentradas en los procesos de acceso al poder.⁸

En específico, considero que gran parte del problema se encuentra en las endebles estructuras de intermediación entre la sociedad y el Estado en América Latina, lo cual nos lleva al tema de los partidos políticos. En relación con éstos, y desde la perspectiva del diseño normativo-institucional, me permito apuntar dos temas a observar y discutir: el sistema de financiación de la política-electoral y la democracia interna de los partidos políticos.

El elevado costo de la política-electoral, la falta de transparencia, el uso y abuso de la publicidad comercial y la falta de sanciones sobre las prácticas de financiación ilícita son fenómenos que pervierten la competencia político-electoral, así como la relación entre el electorado y los partidos políticos. Por ello es que reformas normativas, constitucionales y/o legales, que tiendan a reducir el gasto político pueden contribuir a recuperar el sentido democrático y de construcción de la representación. Y aquí me refiero a medidas como el acortamiento de los períodos de las campañas; la regulación del mercado publicitario y especialmente de las tarifas durante los períodos pre-electorales y electorales; la promoción de una mayor utilización de medios de comunicación públicos; el incremento en la proporción de la financiación pública frente a la privada; el fortalecimiento de las instancias reguladoras y fiscalizadoras y el establecimiento de sanciones efectivas.⁹

El otro gran tema es el de la democracia interna de los partidos políticos.¹⁰ Los procesos de selección de autoridades internas y de candidatos, capturados por las burocracias partidistas en beneficio de incondicionales

⁸ Castaños, Fernando y Caso, Alvaro, “La Deliberación: Condición y Horizonte de la Democracia”, en Castaños, F., Labastida, J., López Leyva, M.A. (coordinadores), *El Estado actual de la Democracia en México. Retos, avances y retrocesos*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2007, p. 179.

⁹ Alcántara Sáez, Manuel, *Partidos Políticos en América Latina: Precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*, Documentos CIDOB, No. 3, Serie América Latina, Barcelona, 2004, pp. 45-47.

¹⁰ Como afirma Freidenberg, la “democracia interna” en un partido supone la adopción de los principios de este sistema político en el interior de la organización. A su vez, ello significa la inclusión del criterio de competencia, adopción de valores democráticos tales como la libertad de expresión y la libertad de elección para sus miembros y la utilización de mecanismos competitivos en el proceso de toma de decisiones, la participación del afiliado en la formación de la voluntad partidista y la existencia de canales que permitan el ejercicio efectivo del control político. Freidenberg, Flavia, “Democracia Interna: Reto Ineludible de los Partidos Políticos”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, No. 1, Primer Semestre, 2006, p. 3.

y familiares, contribuye a alejar a los ciudadanos de los partidos. Con ello se rompe uno de los eslabones clave de la democracia representativa como ideal político.

En este tema, considero importante tratar de trascender los ámbitos en los que ya ha habido algunas reformas o cambios en las prácticas de los partidos, como por ejemplo el establecimiento de cuotas de género en las listas de candidatos a cargos de elección popular;¹¹ y la introducción de elecciones internas para seleccionar candidatos en algunos países.¹² Estos esfuerzos son encomiables pero de alcance bastante limitado. Por ello, opino que bien podría valorarse la conveniencia de ampliarlos hacia otros temas, entre los cuales pueden encontrarse los siguientes: extender los procesos de elección interna o primaria para todos los cargos de elección; ampliar los mecanismos de acción afirmativa para incluir a jóvenes y a pueblos indígenas diversos; crear mecanismos de control interno para la defensa de los derechos de militantes y afiliados; establecer mecanismos de sanción de candidatos y autoridades partidistas que no cumplan con los estatutos de su partido; sancionar prácticas que atenten contra las elecciones competitivas para elegir autoridades partidistas; establecer reglas claras para la renovación periódica de los cargos de dirección y de control político por medio de procedimientos competitivos; establecer incentivos que reduzcan el patrimonialismo, a través de límites a la distribución discrecional de puestos (y candidaturas) a familiares de los dirigentes de mayor jerarquía; transparencia y acceso a la información del partido político.¹³

Todo esto podrá parecer como una ruta imposible de transitar, pues son los partidos políticos llamados a ser reformados, quienes tienen la llave para poner en marcha las reformas mencionadas (o para frenarlas). Pero los políticos deben entender (y en esto podemos ayudar los electores) que de no adoptar medidas como éstas u otras similares que tiendan a alcanzar los mismos objetivos, se corre el riesgo de ahondar la brecha entre la ciudadanía y la clase política, lo que puede llevar al punto del quebranto del sistema de partidos en su conjunto, y al rechazo absoluto de los partidos tradicionales por parte de amplios sectores del electorado, como ya ha ocurrido en varios países de la región.

¹¹ Así ha sucedido en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica; Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. *Ibid.*, p. 7.

¹² Como en Argentina, Chile, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay, entre otros. *Ibid.*, p. 8.

¹³ *Ibid.*, pp. 9 y ss.

V. CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS COMO MODELO¹⁴

Una visión panorámica del desarrollo constitucional de la región, nos habla de la extensión y consolidación de un modelo de constitucionalismo basado en amplios catálogos de derechos fundamentales previstos en las constituciones nacionales, reforzados por la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. A su vez, se han establecido y desarrollado sistemas de justicia constitucional “fuertes” (sean concentrados, difusos o mixtos), que admiten una amplia variedad de vías de acceso, a través de acciones abstractas y concretas.¹⁵

Es posible identificar distintas razones de este desarrollo. En mi opinión, está vinculado a los procesos de transición a la democracia, a experiencias de “justicia transicional” y estrategias de re-legitimación del Estado que se han vivido e implementado en la región. Tiene que ver también con presiones y demandas de la sociedad civil, a la actuación de ONGs nacionales vinculadas con internacionales que forman parte de verdaderas redes transnacionales de defensa de derechos. Además, hay que mencionar la influencia de ciertos impulsos externos (programas de asistencia técnica) que combinados con los impulsos domésticos, han promovido reformas institucionales de los sistemas judiciales, lo cual ha contribuido al fortalecimiento de los tribunales en la región.

¿Estamos “sobre-cargando” a las Constituciones con derechos que no debían estar en ellas? En este sentido, se preguntan algunos ¿para qué ponerlos en la constitución si no se van a cumplir? En mi opinión, la pregunta así planteada esconde un enfoque profundamente conservador y engañoso. Debemos estar conscientes del contexto en el que este fenómeno se ha producido: se trata de un reflejo de siglos sin derechos, desigualdades abismales, discriminación, jerarquías sociales rígidas heredadas de la colonia y profundizadas en la etapa independiente.

¹⁴ Prieto Sanchís caracteriza a este concepto como la aparición de constituciones notablemente rígidas y dotadas de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que se pretenden además rigurosamente normativos y judicialmente garantizados. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo de los Derechos, Ensayos de Filosofía Jurídica*, Trotta, España, 2013.

¹⁵ Ríos Figueroa nota que el sistema de justicia en la región se ha transformado en las últimas 3 décadas, en particular los jueces constitucionales se han hecho más independientes de las otras ramas de gobierno y pueden participar más en la creación y modificación de las políticas públicas y la modificación del derecho. Ríos-Figueroa, Julio, “Constitutional Change and the Judicial Protection of Due Process Rights”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., “New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?”, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 33.

El reconocimiento constitucional de amplios catálogos de derechos de diversas “generaciones” marca el inicio de una lucha por conquistarlos en la realidad. Verlos en la constitución permite a individuos y grupos activarlos en algún momento, y reduce el espacio de quienes se oponen al legítimo ideal de transformación de la realidad social por la vía institucional.

Lo que queda claro es que la “promesa” constitucional de una sociedad de respeto a los derechos es hoy una condición *sine qua non* del contrato social que fundamenta al Estado en América Latina. Esa promesa abre una ruta constitucional (y no revolucionaria) a las aspiraciones de transformación social que no debiera ser desatendida.

Lo anterior nos lleva a un fenómeno asociado, que es el fortalecimiento de jueces o para decirlo en términos que van cobrando popularidad en los ámbitos académicos, la “judicialización de la política”.¹⁶

En este sentido, diversos autores han observado como una tendencia general en la región, mayores niveles de activismo judicial en los tribunales; un aumento en la actividad litigiosa en torno a los derechos de la ciudadanía, así como nuevas formas de apropiación del derecho por actores sociales y políticos que antes no habían recurrido a los discursos jurídicos en sus luchas.¹⁷

Parece que se empieza a producir una mayor presencia de la actividad judicial en la vida política y social, en la resolución de conflictos entre el Estado y la sociedad o entre actores sociales. Cada vez más grupos que ven con ventaja recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses, lo cual tiende a ampliar el poder de los jueces.¹⁸

En este mismo sentido, Sagüés ha notado la ampliación de las cuestiones justiciables en la región;¹⁹ como ha identificado también la paulatina erosión de la doctrina distintiva entre reglas constitucionales “programáticas” y las “operativas” en orden a definir a todas como de este último tipo, con el consiguiente despliegue de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión.²⁰

Vinculado con este tema debemos mencionar otra manifestación del creciente poder de los jueces, que no es general en la región, pero sí muy

¹⁶ Ver Couso, Javier, Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel, *Cultures of Legality, Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010.

¹⁷ Domingo, Pilar, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 85-86, pp. 33 y 34.

¹⁸ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹ Si bien el límite con las no justiciables es impreciso, poco claro, inconstante, si no es que incoherente y variable de país a país. Sagüés, Néstor Pedro, “Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina”, *Foro constitucional iberoamericano*, N.º. 8, 2004, p. 6.

²⁰ *Idem.*

visible, incluso a nivel global, y es observada por todos con gran atención. Me refiero al control constitucional de políticas públicas, en especial en relación con derechos sociales, tal y como se ha desarrollado en Colombia. Se trata de casos denominados de “litigio estructural” o “casos estructurales” caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; e 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).²¹

La justificación que se ha dado en Colombia a este tipo de “activismo judicial” consiste en señalar que existen casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional (que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes), se ha dicho que los tribunales son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos. Asimismo, se ha sostenido que desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público, ese tipo de intervenciones judiciales profundiza la democracia.²²

¿Gobierno de los jueces?; ¿indebido ejercicio de atribuciones por parte de servidores no elegidos democráticamente, en detrimento de los órganos que sí son elegidos y son responsables de elaboración de políticas públicas?; ¿una forma indebida que desdibuja el tradicional principio de separación de poderes?

Sin duda esta tendencia se enfrenta a concepciones tradicionales del constitucionalismo. Pero qué está mal ¿las prácticas mencionadas o las concepciones tradicionales? Considero que aquí hay un campo en el que debemos profundizar, analizando experiencias de otros países como Sudáfrica e India, cuyos tribunales constitucionales también han venido participando en esta tendencia surgida del “Sur”, para atender problemas típicos del “Sur”.

²¹ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 13-21.

²² *Idem*.

No creo que este fenómeno, sea producto del mero voluntarismo de los jueces, sino de una combinación de factores que inducen tal desarrollo. Esos factores tienen que ver con el contexto de profundas desigualdades y graves problemas estructurales; así como la existencia de una sociedad civil más informada, el fortalecimiento de la justicia constitucional y la sensibilidad de los jueces constitucionales para atender solicitudes de justicia ante fallas y omisiones de los órganos políticos. Considero importante no perder de vista que estamos ante una forma institucional de canalizar conflictos sociales (muchos de ellos explosivos), con la cual se contribuye además a legitimar al Estado (lo cual no es un asunto menor en América Latina).

Por otro lado, creo conveniente no cerrar la puerta a la pregunta sobre cuáles son los límites de esta función que han asumido ciertos tribunales constitucionales. ¿Hasta dónde se puede llegar en esta ruta, sin que los órganos políticos reaccionen y protesten enérgicamente por considerar que se ha producido una invasión ilegítima en su ámbito de acción? No creo que se pueda dar una respuesta general a esta pregunta, sino que habrá distintas contestaciones dependiendo de la historia, el contexto, las características y necesidades de cada país.

VI. CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL

Con este concepto, me refiero al creciente reconocimiento constitucional de pueblos indígenas tradicionalmente excluidos en América Latina, lo cual ha tenido el objetivo de superar diversos niveles de injusticia contra ellos, como víctimas trans-generacionales de la colonización; como grupos privados de derechos efectivos; y sin reconocimiento oficial de sus culturas. Frente a esto, hoy día un buen número de constituciones de los países de la región declaran ser “multiétnicas”, o en el caso de Bolivia y Ecuador, “plurinacionales”. A su vez, esto ha provocado un creciente interés por el concepto de “pluralismo jurídico” en el debate político y académico reciente, mismo que surge como una alternativa frente al monismo jurídico que desde la independencia ha imperado en nuestros países.²³

En efecto, la concepción del monismo jurídico postula que debe haber un Estado para todos y una y la misma ley para todos. Pero en respuesta, el pluralismo jurídico postula la diversidad normativa y de jurisdicciones,

²³ Kuppe, René, “New Constitutions, Indigenous Peoples and Potentials for Conflict”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 44.

así como la idea de una “ciudadanía diferenciada”.²⁴ Así, en la región se ha dado lo que Yrigoyen ha denominado constitucionalismo multicultural (reconocimiento de la diversidad cultural y lingüística derivada de la existencia de pueblos indígenas cuya diferencia se disolvía en la visión del Estado monista); constitucionalismo pluricultural (que a lo anterior añade listas de más amplios derechos indígenas, así como el reconocimiento de autoridades, normas jurídicas y sistemas de justicia propios que rompen con el monismo jurídico); y constitucionalismo plurinacional (que reconoce a los pueblos indígenas como naciones originarias con autodeterminación, con derecho a definir su destino dentro de una nueva concepción de “Estado plurinacional, como en Ecuador y Bolivia”).²⁵ A esta última noción regresaré más adelante, pues es un componente de lo que podríamos llamar el “constitucionalismo emancipatorio” como otra tendencia visible en varios países de América Latina.

En este escenario de reconocimiento del pluralismo jurídico, algunos países de la región ya han empezado a ajustar sus sistemas jurídicos, a través de la introducción de reglas y principios como los que se encuentran en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, el cual define lo que denomina como “principios de la justicia intercultural”: diversidad, igualdad, *non bis in idem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.²⁶

²⁴ El concepto de “Ciudadanía diferenciada” se refiere a la titularidad de derechos de los pueblos indígenas como grupos y el reconocimiento de sus propias culturas, identidades y derecho a la auto-determinación, Ver Kymlicka, Hill, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en la teoría de la ciudadanía”, *Agora*, No. 7, invierno de 1997, p. 27.

²⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, *op. cit.*, pp. 139-154.

²⁶ Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador (publicado el 9 de marzo de 2009): “Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad adminis-

Como afirma Anna Barrera, la efectividad de de estos principios y de los derechos de los pueblos indígenas dependerá de la voluntad de invocarlos ante los tribunales, y la creatividad de las autoridades en encontrar formas constructivas de coordinación y acción conjunta y de la habilidad de los jueces para percibir las distintas realidades entre y dentro de los colectivos, a la luz de garantizar la dignidad de todas las personas involucradas.²⁷

Pero por otro lado, hay que reconocer que algunos derechos indígenas entran en conflicto con principios del constitucionalismo de estirpe liberal: la igualdad de los ciudadanos, la concepción del estado como responsable del bien común de todos; la ficción jurídica de un grupo homogéneo de ciudadanos individuales como integrantes del estado; y la idea del Estado como productor exclusivo de derecho (pues se reconocen las jurisdicciones indígenas autónomas, y poderes de auto-gobierno.)²⁸ Estas son algunas de las tensiones con las que los sistemas jurídicos que den el paso hacia el constitucionalismo multicultural deberán aprender a vivir y tendrán que resolver de alguna forma.

VII. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Con este concepto me refiero al “constitucionalismo experimental”, también llamado “constitucionalismo crítico” o “constitucionalismo emancipatorio”, en el cual identifiqué varios componentes:

trativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.”

²⁷ Barrera, Anna, “How to Deal with a Plurality of Conflicting jurisdictions? On the Recent Attempt to Coordinate State and Non-State legal Institutions in Bolivia and Ecuador”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 47-49.

²⁸ Kuppe, René, “New Constitutions, Indigenous Peoples and Potentials for Conflict”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 44.

1. Mayor énfasis en derechos sociales, económicos y culturales, que en los derechos civiles y políticos.
2. Énfasis en la “democracia participativa”, frente a la concepción de la “democracia representativa” (“Poder ciudadano” en Venezuela; Función de Transparencia y Control Social en Ecuador; mecanismos de participación y control social en Bolivia).
3. Reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos, con sus derechos de participación en la política del estado, con nuevos poderes como el electoral y el popular (Venezuela y Ecuador).²⁹
4. Intención de transformar las condiciones materiales de la sociedad, y de reconstruir los marcos ideológicos del constitucionalismo de estirpe liberal.³⁰
5. Reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, y rediseño de las instituciones del Estado para garantizarlos, pasando más allá del multi-culturalismo y creando, como es el caso de Bolivia y Ecuador, la noción de “Estado plurinacional”.

De estos elementos, en el presente ensayo me limitaré a exponer algunas ideas sobre el énfasis en la democracia participativa y sobre la noción del Estado plurinacional.

En cuanto al primer elemento, quisiera recordar que Nohlen ha observado en el debate actual sobre la democracia en América Latina dos tendencias: una, a ampliar los sistemas representativos por la vía de introducir mecanismos de democracia directa; y otra a sustituir la democracia representativa por la democracia directa. Sin ambages, dicho autor nos dice lo siguiente: la primera ruta lleva a la profundización y fortalecimiento de la democracia; la segunda, a regímenes autoritarios.³¹

No dudamos que los mecanismos de rendición de cuentas verticales, que dan una voz en la toma de decisiones al electorado, tales como el referéndum, la iniciativa legislativa ciudadana, el plebiscito, presupuestos participativos, entre otros, pueden contribuir a completar y profundizar la democracia representativa.

Pero la apuesta por la democracia directa tiene sus riesgos: “cuando los ciudadanos son manipulados por medios o discursos políticos sesgados a un

²⁹ Noguera, Albert “What Do We mean When We Talk About “Critical Constitutionalism”? Reflections on the New Latin American Constitutions”, Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, pp. 15-16.

³⁰ *Idem.*

³¹ Nohlen, *op. cit.*, p. 153.

solo lado; cuando ciertos actores instrumentalizan la democracia directa para obtener poder o cuando tendencias anti-democráticas son fortalecidas a través de procesos participativos.”³²

En este sentido, Breuer ha explicado cómo la democracia directa en América Latina en los 90s ha sido un asunto de arriba-abajo inducido por conflictos entre Ejecutivo-Legislativo y ha hecho poco por fortalecer la rendición de cuentas.³³ Mientras que Shilling ha advertido sobre riesgo de que procesos con el potencial de democratizar la democracia tales como el empoderamiento de grupos tradicionalmente marginados están siendo restringidos y distorsionados en la práctica por tendencias opuestas tales como rasgos autoritarios de los partidos en el gobierno, asimetrías de poder históricas, fuerzas de oposición conservadoras y nuevas exclusiones de actores sociales (lo cual al parecer está sucediendo en Bolivia).³⁴

Las instituciones de la democracia directa no son positivas *per se*. Su funcionamiento real en la práctica debe ser evaluado en cada contexto específico para así poder medir su efectivo potencial democratizador.³⁵ Debemos evitar la “democracia plebiscitaria” que reduce el principio representativo al vínculo entre el líder y el pueblo, excluyendo a la institución parlamentaria³⁶ y a las prácticas participativas que contribuyen a formar estructuras más densas de intermediación entre la sociedad y el Estado.³⁷ Además, recordemos -como ha afirmado Allan Brewer Carías- que movilización popular no es igual a participación ciudadana.³⁸

¿Y qué podemos decir del concepto de “Estado Plurinacional”, como se ha desarrollado en Bolivia y Ecuador? En mi opinión, dicho concepto surge ante la incapacidad del modelo de Estado “Criollo” de dar respuesta a

³² Shilling-Vacaflor, Almut, “Bolivia’s New Constitution: Towards participatory and Political Pluralism?”, *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 90, April 2011, p. 4

³³ Breuer, Anita, “The Problematic Relation between Direct Democracy and Accountability in Latin America: Evidence from the Bolivian Case”, *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 27, No. 1, pp. 1-2.

³⁴ Shilling, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ Ver Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 28.

³⁶ Brewer, *op. cit.*, pp. 9-11.

³⁷ Ver Peruzzoti, Enrique, “El Otro Déficit de la Democracia Deliberativa. Retomando el Debate Acerca de la Rendición de Cuentas en las Democracias Contemporáneas de América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 2, julio 2010, pp. 48-55.

³⁸ Brewer-Carías, Allan, *Los Retos de la Reforma Constitucional*, Texto preparado para el Seminario Internacional sobre Reforma Constitucional, Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Hispanoamérica, organizado por el Senado de la República Dominicana, Santo Domingo, 15-18 de junio de 2005, p. 11.

problemáticas estructurales que tienen raíces muy profundas. En esencia, el “Estado Plurinacional” propone un proyecto emancipatorio de los pueblos indígenas, en una suerte de proceso de descolonización interna. Toma en cuenta la diversidad étnica y cultural y conforme a ella estructura las instituciones políticas nacionales. Además, reconoce importantes espacios de autogobierno a los diversos grupos, y establece la interculturalidad como principio básico para la construcción de un nuevo orden, de un nuevo contrato social.

Respecto de este modelo de Estado, solamente expresaré tres ideas: primera, debemos entender las causas que lo han generado y valorarlo, no en función de un supuesto modelo ideal de Estado, sino de su capacidad para cumplir con las funciones básicas de todo Estado constitucional, como son las de garantizar la paz y el orden social en un marco de respeto a los derechos humanos. Segunda, como constitucionalistas, debemos estar atentos a la realidad del proceso político, para valorar su congruencia con el discurso emancipador y democratizador. Y esto es válido tanto para el “viejo” como para el “nuevo” constitucionalismo. No se nos olvide que antes, como también hoy, en América Latina hemos padecido el vicio del “constitucionalismo aparente”, es decir, la existencia de formas constitucionales sin eficacia real. Y una tercera idea (que tomo del profesor Inti Shubert): las identidades no son exclusivas ni estáticas, sino dinámicas, relacionales, situacionales y múltiples. Las identidades étnicas deben ser tomadas en cuenta en la elaboración de políticas, pero otros aspectos de identidad (género, clase, religión, edad) no deben ser olvidadas. La compleja interacción entre diversos aspectos de la identidad y formas de pertenencia pueden abrir nuevos espacios para alianzas intergrupales e impedir la polarización en líneas étnicas.³⁹

VIII. CONCLUSIÓN

En vista del pasado autoritario y de dictaduras militares en la región, hoy día hay razones para ser optimista. Como discurso legitimador del Estado, no hay en la actualidad otra opción en América Latina que la del Estado constitucional y democrático de derecho. Se ha venido consolidando además un sistema regional de protección de los derechos humanos, que ha abierto una alternativa de integración por una vía inesperada e imprevista por el tradicional discurso de integración regional: la vía de un *ius commune* latinoamericano

³⁹ Shubert, Inti, “Legal Aspects of the Plurinational State in Bolivia”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, pp. 50-52.

en materia de derechos humanos.⁴⁰ En este tema trabajaba Jorge Carpizo, visionario, cuando inesperadamente fue sorprendido por su destino.⁴¹

Pero también hay motivos de preocupación: la tendencia al hiperpresidencialismo sigue muy presente en la región; algunos Estados emiten señales contrarias a la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos; mientras que en otros las prácticas políticas no son congruentes con las formas y el discurso constitucional. Asimismo, en muchos de nuestros países la institucionalidad se ha debilitado, como lo manifiesta la expansión de la corrupción y de la violencia en la región.

Y en el trasfondo de estas señales se encuentran los extremos niveles de desigualdad, y de exclusión social y económica que hace del Estado de Derecho un “bien parcial” de acceso diferenciado en función del poder social y recursos económicos de los distintos grupos;⁴² y contribuye a perpetuar el déficit de ciudadanía y una pobre cultura política democrática.

Las reformas constitucionales de los últimos 30 años en América Latina presentan paradojas y contradicciones. Muchas han buscado fortalecer la ciudadanía y promover el ejercicio compartido y consensual del poder. Pero otras han buscado centralizar el poder, aumentar los poderes legislativos de los presidentes y facilitar la reelección presidencial.⁴³ Unas y otras comparten el presupuesto básico de que la reforma institucional tiene un efecto relevante sobre los comportamientos y las prácticas políticas.

Pues bien, frente a esto, quisiera concluir mi exposición recordando que en los debates constitucionales de muchos países latinoamericanos, siempre se han escuchado advertencias acerca de la inconveniencia de cifrar todas las expectativas sobre el cambio político en la reforma institucional. Las reflexiones sobre los “límites de la ingeniería institucional” que se dieron, por ejemplo, en Brasil,⁴⁴ y las críticas a la tradición “legalista” que se expresaron

⁴⁰ Ver Bogdandy, A., Ferrer, E. y Morales, M. (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010.

⁴¹ Ver Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea” y Serna de la Garza, José Ma., “Jorge Carpizo y el proyecto ‘Hacia un ius commune latinoamericano en derechos humanos’” ambos en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2013, pp. 35-66.

⁴² Villena Vieira, Oscar, “Desigualdad estructural y Estado de derecho”, en Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, p. 25-29 y 41.

⁴³ Negretto, Gabriel L., “Paradojas de la Reforma Constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 1, no. 1, 2009, pp. 38-39.

⁴⁴ Ver Lamounier, B. y Nohlen, D. (eds.), *Presidencialismo ou Parlamentarismo, Perspectivas sobre A Reorganização Institucional Brasileira*, IDESP, Edições Loyola, Sao Paulo, Brasil, 1993.

en el proceso constituyente argentino de 1994,⁴⁵ son dos manifestaciones de las dudas que tanto políticos como analistas han tenido en relación con el alcance de las instituciones como factor de cambio en la política real.

Cabe señalar que la identificación de los límites del análisis estrictamente institucional ha criticado el “monocausalismo” de dicha visión. Y aquí suele aparecer el tema de la “cultura política” imperante en la región como una variable relevante. De esta forma, se ha afirmado que si la clase política y el electorado de nuestros países no modifican sus hábitos, prejuicios, tradiciones, formas de pensar y de relacionarse, el cambio institucional difícilmente tendrá el efecto esperado sobre el proceso político real.⁴⁶

Si estas críticas tienen algo, poco o mucho de razón, por lo menos nos alertan acerca de lo que legítimamente podemos esperar de las reformas normativas, y nos sugieren un campo más complejo y más profundo de posible intervención social para lograr una transformación positiva de nuestras sociedades.

⁴⁵ En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, Facundo Suárez Lastra, dentro del seminario sobre la reforma constitucional organizada en la Universidad de Belgrano en 1996: “*Hemos tenido muchas veces la convicción de que la fuerza de nuestras instituciones está en lo que la norma diga, y no en lo que el consenso de nuestra sociedad ante la norma pueda expresar...*”; y “*...una de las cosas que nos ha interesado en este debate, decía, es visualizar la reforma más que como un remedio jurídico, como un hecho político...*” Por eso decimos que al margen de las consideraciones de tipo institucional de cuál es el diseño de gobierno, o diseño institucional que concebimos y formulamos a partir de la reforma de la Constitución también cuando nos abocamos al debate de la Constitución, de la reforma de la Constitución, estamos generando un hecho político, estamos procurando que el sistema democrático argentino se consolide sobre la base de un profundo acuerdo entre las diversas fuerzas políticas y sociales de nuestro país.” Ver la Participación de Facundo Suárez Lastra en Universidad de Belgrano, *Seminario Permanente sobre la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 22-24.

⁴⁶ Para una reseña de estas críticas a una visión estrictamente institucionalista, ver mi trabajo titulado, *La Reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, UNAM, México, 1998, pp. 184-195.

ACCIONES COLECTIVAS Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

Rosa María de la TORRE TORRES*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Alcances de las reformas constitucionales y legales de las acciones colectivas*. III. *Acciones colectivas y derecho a la educación en México*. IV. *Fuentes consultadas*.

I. ANTECEDENTES

Las acciones colectivas no son un tema nuevo en el campo jurídico. En el derecho romano antiguo existió un mecanismo protector de los derechos o intereses difusos conocido como *interdictio protectorio*¹, el cual estaba orientado a la salvaguarda de los intereses de la comunidad o de la ciudad romana y cuya peculiaridad procesal estaba en la supraindividualidad de los intereses jurídicos protegidos frente a los derechos individuales de los ciudadanos romanos.

La *interdictio protectorio* romana tenía dos ámbitos de aplicación y protección, por un lado, como medida para prohibir los actos de contaminación de la vía pública y por el otro, para exigir el pago de los daños ocasionados a través de una indemnización (Cabrera, 1983:127). Sus características eran muy similares a las de las actuales acciones colectivas que imponen dos tipos de obligaciones al sujeto pasivo, por un lado, un no hacer (en este caso la conducta lesiva) y por el otro, la reparación del daño mediante la indemnización a través de la adhesión en ejecución de sentencia a la acción colectiva a través de la acreditación del interés colectivo.

Así, esta figura procesal ya contemplaba la protección de derechos difusos, cuya característica principal radica en la supraindividualidad que supe-

* Investigadora titular del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

¹ Para conocer a profundidad las características de esta figura procesal romana se sugiere recurrir al Digesto de Ulpiano, especialmente en lo que se refiere a los párrafos 43, 8, 2, 2.

ra la esfera jurídica individual de una persona física o moral sin que exista la determinación de una o varias personas titulares del derecho, lo que vuelve difuso el interés jurídico que protege. La *Interdictio* buscaba proteger estos derechos, que si bien no tenían un titular –individual o colectivo– determinado o determinable, se asimilaban como derechos de la *civitas* romana.

Como ejemplo de lo anterior, la *interdictio protectoria* tutelaba la *salubritas* y la *res publica* romana, de donde se colige el primer antecedente de mecanismo protector de los derechos difusos, en este caso, la salud pública o de la comunidad en áreas agrícolas, urbanas, edificios, calles, caminos, presas, ríos, etc.

Por lo anterior, es menester señalar que el tema de los derechos difusos no es un asunto que se haya desarrollado a partir de la década de los sesenta del siglo XX como base de los derechos fundamentales de tercera generación, sino que tiene sus raíces en el antiguo derecho romano que ya hacía referencia a derechos difusos que podían afectar a la colectividad, diferenciándolos del *status civitate*, a través del *populus romanus* como una pluralidad de ciudadanos. Así, se establecieron las acciones populares como mecanismo protector de los derechos difusos, lo que puede ser consultable en el Digesto de Ulpiano. La *interdictio protectoria* se determinaba en el *populus romanus*, es decir, dentro de las acciones populares que la colectividad romana podía ejercitar en defensa de la salubridad pública; por lo cual, vemos cómo los romanos las distinguían de las acciones emanadas estrictamente del derecho civil.

Ya en nuestros días, y siguiendo más el ejemplo romano que el paradigma anglosajón, algunos países latinoamericanos fueron incorporando las acciones colectivas dentro de sus sistemas jurídicos tomando como modelo el instrumento procesal de la *interdictio protectoria*.

Así surgió la controversia para determinar si las acciones populares, o colectivas, derivadas de la tradición neorromanista debían clasificarse dentro del derecho privado, como parte del derecho público o como parte del derecho social.

Si bien, en algunos países latinoamericanos no se ha podido establecer a qué rama del derecho pertenecen; en el caso de nuestro país, al incluir las acciones colectivas como un procedimiento especial en el Código Federal de Procedimientos Civiles, queda clara la intención del legislador de concebirlas como una acción de tipo civil que protege un interés colectivo.

En el caso de la familia del *Common Law*, el primer antecedente de las acciones colectivas o de grupo, como mejor se conocen en dichos sistemas jurídicos, las encontramos en el antiguo Derecho de Equidad (*Equity*) de Inglaterra en el siglo XII y en el *Bill of Peace* del siglo XVII, cuando grupos so-

ciales litigaban en los Tribunales representados por sus líderes, esto es, en los Tribunales Reales o del Rey a través de la Cancillería (Weiner, 1986: 935).

Por su parte en el caso del sistema jurídico de Norteamérica, que heredó el sistema del *CommonLaw* de Inglaterra, en 1934 el Jurista Carl Wheaton había propuesto una Ley de acciones colectivas (*actionsclass*) antes de la promulgación de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de 1938. Sin embargo, las *ClassActions* no se harán populares y exitosas como instrumento en la defensa de los derechos e intereses de grupo hasta 1966, fecha en que se reformó la *Federal Rule of Civil Procedure 23* que delinea y define con claridad estos procedimientos de naturaleza supraindividual.

Los sistemas jurídicos europeos no se interesaron en las acciones colectivas, sino hasta la década de los años setenta, a raíz de los trabajos académicos de destacados profesores italianos como Mauro Capelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti que realizaron una serie de estudios sobre las acciones colectivas norteamericanas y de la institución procesal de la legitimación en el caso de la defensa de los intereses de grupo, colectivos o difusos.²

Retomando el estudio de los sistemas jurídicos latinoamericanos, es ineludible señalar que, en la actualidad, la vanguardia en el tema corresponde al derecho brasileño.

El sistema jurídico brasileño inspirado en los trabajos italianos del estudio de la acción colectiva norteamericana y el problema de la legitimación para la defensa de los intereses difusos o colectivos, y consciente de la condición y el papel que juega Brasil en la conservación y cuidado de las reservas naturales, fue el primer sistema jurídico de tradición neorromanista en iniciar la determinación y protección de los derechos de difusos o de grupo, a través de la inclusión de las acciones colectivas.

En el caso que se comenta, la primera disposición normativa que reguló derechos difusos fue la Constitución de 1934³ que incorporó la acción popular (*actio popularis*), cuya característica fundamental era que cualquier ciudadano brasileño podía solicitar, mediante dicha acción, la nulidad de actos administrativos que dañaren el patrimonio público, la moral de la adminis-

² Michele Taruffo es el precursor de estos estudios con su interesante artículo "I limiti soggettivi del giudicato e le class actions" publicado en la *Rivista di Diritto Processuale* en 1969, seguido por Mauro Cappelletti y sus reflexiones formuladas en el texto "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile" que aparece en *Rivista di Diritto Processuale* de 1975 y Vincenzo Vigoriti con *Interessi collettivi e processo - la legittimazione ad agire*, publicado en 1979.

³ Ver la Constitución Brasileña de 1934, artículo 5, LXXIII. Consultable en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil34.html>

tración pública, el medio ambiente y el patrimonio histórico o cultural. El alcance jurídico de esta figura era únicamente el nulificar el acto administrativo, pero de ninguna manera se enfocó en una obligación de hacer o no hacer, como si sucede en el sistema norteamericano mediante las *injunctions* que tienen como objetivo suspender un acto o prescribir la realización de una determinada acción en favor de los bienes jurídicos tutelados.

En el campo del control constitucional, la misma Constitución de 1934 contempló dentro de las acciones populares la llamada “Acción directa de Inconstitucionalidad”⁴ la cual se planteaba ante la Suprema Corte de Justicia brasileña para atacar en forma abstracta la inconstitucionalidad de una ley, esto es, sin que previamente existiera una controversia entre partes ya sea de índole privada o pública. Lo más interesante de este procedimiento era que la legitimación para promover dicha acción en defensa de los intereses colectivos, recaía en el Presidente, los Senadores, los Diputados, los Gobernadores, el Procurador General de la República, los Partidos Políticos y los sindicatos, teniendo por consecuencia la nulidad de la ley con efectos *erga omnes*.

La influencia de los trabajos de los juristas italianos permeó en notables y distinguidos académicos brasileños en los años setentas como Antonio Gidi, Ada PeregriniGrinover, José Carlos Barbosa Moreira y Waldemar-Mariz Oliveira. Lo que dio origen a que en 1985 se creara la primera Ley Brasileña, la Ley de la Acción Pública, que trató específicamente del procedimiento de la acción colectiva para la protección del medio ambiente, de los derechos de los consumidores, los derechos de valor artístico, estético, turístico y de paisaje.

Dicha ley brasileña tenía como característica fundamental la consecuencia de ordenar a la parte demandada, a una obligación de hacer o no hacer (lo que en el sistema norteamericano se conoce como *injunctiveclassaction*) dejando la acción individualizada para el caso de la reparación de los daños, mediante el procedimiento civil de legitimación individual o interés jurídico.

No es sino hasta 1988 que la Constitución Federal Brasileña protegió numerosos derechos de grupo o colectivos y creando una figura similar al habeas corpus brasileño el llamado “Amparo colectivo brasileño” para defender la legalidad y abuso de poder de las autoridades; así como otra innovación procesal fue la llamada “mandato de seguridad colectivo”.⁵

⁴ Figura que se conserva en el artículo 103 de la Constitución brasileña de 1988.

⁵ Véase: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/vigente.html>

Posteriormente en 1990, Brasil promulgó el Código del Consumidor, donde si bien es cierto se dedica a la protección de los derechos difusos de los consumidores, también es cierto que el procedimiento colectivo establecido en dicha normatividad es “transustantivo”, esto es, se aplica a todos los derechos de grupo donde resuelve controversias sobre el medio ambiente, combate al monopolio, daños individuales, impuestos y cualquier otra rama del derecho brasileño.

Como reflejo del desarrollo e impulso brasileño en materia de acciones colectivas se iniciaron los trabajos conjuntos de diversos países del continente para homologar las diversas legislaciones que protegen los derechos o intereses difusos. Así, desde una comisión especial revisora del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y en coincidencia con el XII Congreso Internacional de Derecho Procesal de septiembre del 2003, se impulsó un anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos a fin de unificar la legislación de varios países americanos de la familia del Derecho Civil.

El citado proyecto fue innegable fuente de inspiración en nuestro país para la introducción de las acciones colectivas, las cuales fueron elevadas a rango constitucional mediante la adición un párrafo tercero al artículo 17 para establecer:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Así las cosas, el constituyente ordenó al Congreso de la Unión que expidiera la ley que reglamentará la materia de aplicación, procedimientos y mecanismos de reparación en materia de derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos a través de la institución procesal de las acciones colectivas.

Por lo anterior, mediante decreto de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles de fecha 30 de Agosto del 2011 se adicionó un libro quinto denominado de las acciones colectivas, con una *vacatio legis* de aproximadamente seis meses, pues la entrada en vigor del procedimiento de las acciones colectivas inició el 29 de febrero del 2012.

Finalmente, por decreto publicado el 6 de junio del 2011 se reformó entre otros artículos, el 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incorporar en la figura del amparo la tutela de intereses legítimos colectivos, dando procedencia con dicha reforma, a su procedencia para la protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

II. ALCANCES DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Las recientes reformas constitucionales en nuestro país respecto a las acciones colectivas, constituyen el cumplimiento del compromiso de México y la suma a los esfuerzos que los países Iberoamericanos han realizado para proteger los derechos difusos.

Así, adicionó un párrafo dentro del artículo 17 Constitucional para elevar estas figuras procesales a rango constitucional y garantizar a los individuos que habitan nuestro país, la protección de sus derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, lo que se complementa con las reformas correspondientes en materia de amparo.

Sin embargo, de la reforma dada al Código Federal de Procedimientos Civiles donde adicionó un libro quinto denominado de las acciones colectivas, se establece claramente que no todos los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos se encuentran protegidos y garantizados mediante las acciones colectivas.

Basta analizar que el artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece la materia de aplicación de las acciones colectivas, siendo única y exclusivamente:

La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

De lo anterior se colige, que nuestro sistema jurídico mexicano garantiza la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos limitativamente y solamente en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios ya sean públicos o privados, así como al medio ambiente debido a que del precepto legal en cita, quedan excluidos innumerables derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos que nuestro sistema jurídico reconoce pero que no se encuentran previstos en la competencia que establece este artículo y que no están relacionados con la materia de consumo de bienes o servicios públicos o privados, ni tampoco con todos los derechos que protegen el medio ambiente.

Lo anterior se agrava con la reforma constitucional del 10 de Junio del 2011, donde se establece en el primer párrafo del artículo 1º Constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

La trascendente reforma constitucional pretende que en nuestro país, toda persona goce de los derechos humanos que son reconocidos por nuestra Constitución y los tratados internacionales que nuestro país sea parte, donde se establecen una amplia gama de derechos difusos o colectivos además de los relacionados con el consumo de bienes y servicios y los relativos a la tutela del medio ambiente.

Esta pretensión se ve reforzada mediante el mecanismo constitucional protector establecido en los artículos 103 y 107 constitucionales al establecer lo siguiente:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte⁶.

A fin de facilitar la comprensión e importancia de los diversos derechos difusos que tanto nuestra Constitución Federal como los tratados internacionales, de los que México es parte, contemplan presento algunos de ellos en forma esquemática:

<i>Fuente</i>	<i>Derecho difuso</i>	<i>Clasificación</i>
Constitución art. 2°.	Derecho a la identidad indígena.	Principio de equidad.
Constitución art. 2°.	Derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas	Principio de libertad.
Constitución art. 2°.	Derecho a la protección del patrimonio cultural e histórico.	Derecho a la identidad cultural.

⁶ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> (Consultada el 15 de octubre de 2013).

<i>Fuente</i>	<i>Derecho difuso</i>	<i>Clasificación</i>
Constitución art. 3°	Acceso a una educación basada en los principios de la democracia, laicismo, nacional, basada sobre el progreso científico, gratuita y que promueva la mejor convivencia.	Derecho a la educación.
Constitución art. 4°	Derecho al agua potable, sino además, al saneamiento del agua para el consumo doméstico y personal, como al alcantarillado.	Derecho a la salud.
Constitución art. 6°	Derecho a la información pública y transparente: a la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración.	Derecho a la información pública.
Constitución art. 21	Derecho a la seguridad nacional y pública basado en la solidaridad y la paz.	Derecho a la seguridad pública y a la paz.
Constitución arts. 115 y 122.	Derecho a los servicios públicos municipales, tanto en forma individual como colectiva.	Derecho a espacios dignos municipales.
Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 18.	Derecho de libertad para manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, para la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.	Libertad de pensamiento.
Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25.	Derecho a la salud pública.	Derecho a la salud.
Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26.	Derecho a la educación técnica y profesional generalizada y acceso a los estudios superiores.	Derecho a la educación.
Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26.	Derecho a la educación cuyo objeto sea el pleno desarrollo de la personalidad humana y la paz mundial.	Derecho a la educación.

<i>Fuente</i>	<i>Derecho difuso</i>	<i>Clasificación</i>
Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 27.	Derecho de la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico.	Derecho a la educación y al progreso científico.
Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13 punto 5.	Prohibición a la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.	Derecho a la paz y principio de no discriminación.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1º.	Derecho a libre autodeterminación de los pueblos.	Principio de libertad y derecho a la identidad cultural.

Cuadro: Elaboración propia.

Los derechos humanos pueden tener una diferente proyección, como derechos individuales, sociales, colectivos y difusos (Häberle, 1983: 98). Así, encontramos que cada categoría jurídica en el bloque de constitucionalidad de los derechos en México puede tener más de una faceta. Cito, por ejemplo, el derecho humano y fundamental con el que trabajamos día a día los universitarios: el derecho a la educación el cual tiene el carácter de derecho individual, colectivo e incluso puede concebirse como un derecho individual homogeneizable.

Como ya he señalado, reitero: el panorama de las acciones colectivas en nuestro país como mecanismo legal para la protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos aún es incierto, pues de la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles donde se incluyó un libro denominado de las acciones colectivas, se encuentra limitado únicamente a la protección de derechos difusos o colectivos en materia de una relación de consumo ya sea pública o privada, así como el medio ambiente.

Sin embargo, como se desprende del presente análisis, existen innumerables derechos colectivos o difusos que no necesariamente implican una relación de consumo de un bien o servicio público o privado y el medio

ambiente, ya que la mayoría de los derechos difusos, tienen su sustento en derechos humanos que son reconocidos a una colectividad o grupo social.

De ahí que la reforma que introdujo las acciones colectivas en México no resulte en el mecanismo más adecuado para el respeto y goce de todos los derechos difusos o colectivos que la Constitución Política y los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito establecen.

Sin embargo, pese a los defectos que puedan encontrarse en la legislación secundaria en la materia, es importante señalar que al definirse que las acciones colectivas se encuentren integradas a la materia civil federal es dable aplicarles el principio jurídico de la tutela jurisdiccional efectiva, el cual también se encuentra previsto en los artículos 18 y 20 del Código Civil Federal que establecen que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia, así como cuando exista un conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor de quien trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro.

Por lo anterior, si del mecanismo protector de los derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos solamente protege y tiene aplicación en materia de derechos relacionados al consumo de bienes o servicios públicos o privados, así como el medio ambiente; el juzgador con base a las disposiciones preliminares del Código Federal Civil y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación al principio internacional de la tutela jurisdiccional efectiva, deberá de resolver toda controversia en materia de conflicto de derechos de esta naturaleza, independientemente de si se trata o no de derechos de los consumidores o de medio ambiente. Lo anterior se refuerza con la obligación que tiene toda autoridad, en virtud del artículo 1º constitucional de tutelar, en el ámbito de sus competencias los derechos humanos.

Así mismo, es menester señalar que existen tesis aisladas de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación que establecen los criterios y características que el procedimiento para la defensa y protección de los derechos difusos o colectivos deben regir, por lo que deberá de seguir vigentes dichos criterios para los derechos no contemplados en la reforma, amén de que tampoco se contraponen con el espíritu y naturaleza de las acciones colectivas.

Si bien la reforma legislativa secundaria en la materia puede considerarse limitada o, incluso, defectuosa, esto no es óbice para que el constituyente local –en el caso de las entidades federativas- o los jueces de distrito al conocer de estas acciones, puedan ampliar el espectro protector de dichas figuras procesales.

Un ejemplo muy al caso de lo supra señalado es el argentino. La Constitución de 1994 del país andino estableció la protección de los derechos difusos al medioambiente y de los consumidores. Sin embargo, la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, amplió el rango de protección en la materia a otros derechos como la no discriminación, la educación y la paz.

Como ya he señalado en este trabajo, casi todos los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución mexicana como en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, pueden tener una incidencia colectiva o individual homogénea. Sin embargo, aún hay resistencias desde la teoría y la práctica jurisprudencial a aceptar este supuesto.

La aparición de los derechos humanos de la tercera generación y de los derechos culturales, sociales y económicos ha confrontado la teoría clásica, poniendo en duda, en primer término, si es que se trata de verdaderos derechos autónomos, pues al contrario de la noción de derecho que se había venido sosteniendo durante siglos, en el sentido de que el titular de éstos es el hombre, entendido como un ser individual, se presentan casos en donde el titular de tales derechos es la colectividad, concepto muchas veces difícil de determinar

Los derechos colectivos, se inscriben como algo intermedio entre los derechos individuales y el interés público; los titulares son las masas siendo exigibles también a sujetos, en ocasiones, indeterminados, pudiendo ser particulares y entes públicos o combinaciones de ambos. La gran diferencia con los derechos tradicionales de corte individual es que el sujeto titular es irrelevante, pudiendo ser grupos indeterminados sin personalidad jurídica y, en cambio lo que sí es significativo es el bien tutelado perteneciente al colectivo.

Comenta Gidi(Gidi, 2004: 53 –ss)en relación con esta pluralidad de sujetos y peculiaridades lo siguiente:

Derecho difuso es un derecho transindividual e indivisible que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica.

El derecho colectivo es también “transindividual” e “indivisible” pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica.

Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales, divisibles, que tiene un origen común.

En este orden de ideas, se admite, que hay un grupo de derechos de incidencia colectiva que hacen referencia a intereses individuales homogé-

neos, como se reconociera expresamente en ya famoso y multicitado caso “Halabi” de Argentina, que se hacen ostensibles, cuando hay identidad de situaciones jurídicas subjetivas, donde cada sujeto puede usar de su porción subjetiva, pero en concurrencia con otros interesados, hecho que puede tornar a esta sumatoria en un bien colectivo. Así, hay una concurrencia respecto a porciones subjetivas de derechos que se tornan colectivos por una necesidad humana. A esto se agrega, que debe existir un elemento que los aglutine que en este caso –nexo–, denominado hecho generador, cual debe necesariamente debe consistir en un daño efectivo y plural.

Para mayor claridad, es importante recordar un importante referente de construcción jurisprudencial del contenido del concepto de derecho individual homogéneo como es la sentencia del Caso Halabi, pronunciada por la Corte Suprema Argentina en 2009 en resolutive de la acción de clase interpuesta por Ernesto Halabi.⁷

El actor interpuso demanda de amparo en contra de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04. En su opinión, dichos ordenamientos vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de su Constitución Nacional, que protegen a las comunicaciones privadas telefónicas y por Internet, en razón de que en ellos no se establecían de manera clara los supuestos en los que éstas podrían ser intervenidas.

Así, la Corte argentina resolvió que el artículo 43 de la Constitución Nacional protege tres tipos de derechos diferentes:

1. Derechos divisibles no homogéneos sobre bienes jurídicos individuales
2. Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto proteger bienes colectivos
3. Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. El juicio correspondiente a la protec-

⁷ Consultable en: http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=519

ción de este tipo de derecho sería la acción colectiva o de clase, figura no reconocida en ese momento en el ordenamiento jurídico secundario argentino.

A pesar de no encontrarse regulación secundaria de las acciones colectivas, la Corte Suprema señala que la disposición constitucional en la que se encuentran previstas es claramente operativa y que es obligación de los jueces darle eficacia, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer, aunque el remedio sea desconocido. Lo anterior pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de encontrarse en la Constitución.

La falta de reglamentación, dice la Corte, no podrá nunca constituir un obstáculo para la vigencia efectiva de las garantías fundamentales.

Entonces, la Corte prosigue a hacer un delineamiento de este juicio en la sentencia.

Acepta que el grado de exigencia no podrá ser tan alto. Así, entonces, la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

En nuestro país, la reforma constitucional y las subsecuentes reformas legislativas que incorporan las acciones colectivas en México representan la única alternativa efectiva para modificar las estructuras públicas o privadas que actualmente fomentan la desigualdad y los abusos sobre los sectores más vulnerables: campesinos, indígenas, consumidores, entre otros.

Así, se pone en manos del Poder Judicial Federal la facultad de impulsar, legitimar y encabezar la defensa de los derechos cuya protección individual resulta impracticable a la luz del sistema judicial imperante y que solamente en conjunto pueden ser defendidos de manera eficaz y justa con una expectativa razonable. Sin embargo, la reforma no fue suficiente porque los intereses plurindividuales homogéneos van más allá de los derechos al medioambiente y los derechos de los consumidores.

Como en la presente exposición la mayoría de los derechos individuales pueden tener una proyección homogénea y constituir derechos plurindividuales.

Por citar un ejemplo, el artículo 3º constitucional establece un ideal y un paradigma en materia educativa que resulta francamente inconsistente con la realidad en la materia.

Las políticas educativas son rehén de los intereses de los sindicatos correspondientes y el derecho de los alumnos a recibir una educación gratuita, democrática que fomente la igualdad entre los individuos se ve diariamente vulnerado por intereses gremiales, por chantajes o por carencias estructurales y económicas. Mientras tanto, los padres de familia o las organizaciones preocupadas por el efectivo cumplimiento de esta prerrogativa se encuentran en absoluta indefensión al carecer de los rudimentos procesales necesarios para hacer valer este derecho vía de acción u omisión de las estructuras públicas o sindicales.

Imaginemos que en un feliz momento, por vía de amparo, los interesados logran una suspensión que obligue al demandado a modificar de manera radical la forma en que opera el sistema educativo, imaginemos que al final del día, los interesados obtienen una resolución e fondo que les da la razón.

Una vez más, nos enfrentaremos a la dura realidad de que este ejercicio poco podrá hacer por cambiar la realidad nacional, debido al principio de relatividad de las sentencias de amparo el efecto benéfico de esta resolución no tiene el impacto necesario para modificar de fondo las relaciones educativas y la estructura del sistema educativo mexicano.

Lo anterior nos sitúa ante dos escenarios: o flexibilizar el principio de relatividad de las sentencias de amparo o ampliar la esfera de competencia de las acciones colectivas como mecanismo para proteger pluralidades de individuos para obtener compensación por daño y poder modificar las condiciones estructurales o institucionales que atentaban contra los derechos de los integrantes de la clase.

Por todo lo anteriormente expuesto, es de suma trascendencia observar y propiciar que los jueces federales, en nuestro país, al conocer de las acciones de clase y amparos colectivos, especialmente en lo que se refiere a la tutela efectiva de los derechos individuales homogéneos, como la educación y la salud, enmienden la plana a los legisladores federales y propicien la ampliación de la esfera protectora de estas figuras procesales porque puede ser este el único camino para la defensa real de estas importantes prerrogativas de incidencia colectiva frente a los embates, cada vez más frecuentes, que sufren por parte de los grupos de presión política y de los intereses económicos.

III. ACCIONES COLECTIVAS Y DERECHO A LA EDUCACIÓN EN MÉXICO

La reforma constitucional y las subsecuentes reformas legislativas que incorporan las acciones colectivas en México representan la única alternativa

efectiva para modificar las estructuras públicas o privadas que actualmente fomentan la desigualdad y los abusos sobre los sectores más vulnerables: campesinos, indígenas, consumidores, entre otros.

Esta reforma pone en manos del Poder Judicial Federal la facultad de impulsar, legitimar y encabezar la defensa de los derechos cuya protección individual resulta impracticable a la luz del sistema judicial imperante y que solamente en conjunto pueden ser defendidos de manera eficaz y justa con una expectativa razonable.

Sin embargo, la reforma no es suficiente. Los intereses plurindividuales homogéneos van más allá de los derechos al medioambiente y los derechos de los consumidores.

Como ya se ha señalado en la presente exposición la mayoría de los derechos individuales pueden tener una proyección homogénea y constituir derechos plurindividuales.

En el caso que nos ocupa, el artículo 3º constitucional establece un ideal y un paradigma en materia educativa que resulta francamente inconsistente con la realidad de la educación en México. El concepto de educación, como derecho, ha ido evolucionando en la historia jurídica y política moderna y contemporánea de mi País. Pasó de concebirse como un privilegio de las clases pudientes a considerarse, en primera instancia, como un derecho social, como una garantía individual y, más recientemente, como un derecho fundamental, con el mismo grado de exigibilidad de cualquier otro derecho. Así, ha pasado de ser entendido como una garantía de carácter prestacional –condicionada por cuestiones presupuestales y económicas- a convertirse un derecho plenamente vinculante al Estado y a los particulares.

Los movimientos sociales organizados –grupos estudiantiles, políticos, académicos o sindicalizados- tienen válidamente reconocido, en sede constitucional, el derecho a manifestar libremente sus ideas, sus propuestas, proclamas o inconformidades. En el ámbito sindical, existe el derecho a huelga como una prerrogativa –fuertemente garantizada por nuestro entorno jurídico- encaminada a dar solución a los conflictos laborales dando voz y mecanismo legítimo de manifestación de sus inconformidades a los colectivos de trabajadores.

Sin embargo, existen otras manifestaciones colectivas como el paro de actividades –figura perfectamente deslindable del legítimo derecho a huelga-, la toma y ocupación de instalaciones educativas, los plantones, las marchas, entre otras, que inciden en el efectivo ejercicio del derecho a la educación y más aún, inciden directamente en la calidad de los servicios educativos.

Los derechos fundamentales, en palabras de Peter Häberle, cumplen con una doble función; por un lado, tienen una función social y, por la otra, tienen una función como fundamento de la democracia. Así, todos los derechos fundamentales tienen un ámbito nuclear más o menos próximo con la democracia y todo derecho fundamental puede ser un medio adecuado para cumplir con funciones sociales, por lo tanto “el ejercicio abusivo de un derecho, siendo antifuncional, ya no resulta cubierto por el contenido del derecho mismo”.⁸ Visto lo recién expuesto, la observancia de las exigencias sociales de todo derecho fundamental delimita internamente el contenido del derecho mismo.

El alto valor de los derechos fundamentales halla su fundamento no tan sólo en el individuo, sino también en el orden de la comunidad, es decir, en su relevancia para la vida y el desarrollo social en su conjunto. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones.

La primera dimensión de los derechos fundamentales se entiende como expresión inmediata de la dignidad humana⁹, que se traduce en el derecho subjetivo que otorga la posibilidad de reclamar ante autoridad jurisdiccional o administrativa la garantía a ese derecho. La segunda dimensión de los derechos, es la que considera que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad política que requiere un ámbito de actuación positiva del Estado para implementar políticas serias de promoción de estos derechos de naturaleza colectiva, es aquí donde aparecen los derechos como instituciones para proteger bienes e intereses de carácter público. Una vez que se ha asumido que la mayoría de los derechos

⁸ Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, traducción del alemán de Jürgen Saligman y César Landa, Lima, Universidad Católica de Perú, 1997, p. 23 y ss.

⁹ La dignidad humana es considerada por muchos autores como el fundamento último de los derechos fundamentales. Sin embargo entiendo que esa consideración sólo sería aceptable -y si no debería ser, pues, superada- si se comprendiese a través de una determinada vinculación con el valor libertad. En este sentido, me parece un buen punto de arranque la esclarecedora distinción que realiza Ignacio Campoy Cervera entre dignidad humana, como el fundamento de los derechos humanos en cuanto sirve de punto de partida para el reconocimiento de los derechos, y vida humana digna, como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, que también sirve, así, como fundamento de los derechos humanos en cuanto se constituye en el objetivo a conseguir con el ejercicio de los derechos. Sin embargo, el concepto de dignidad humana y su efectivo papel como fundamento de los derechos fundamentales no es objeto del presente trabajo por lo que no será abordado de manera directa. Véase Campoy Cervera, Ignacio, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, número XXI, Enero de 2004, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, p. 37 y ss.

fundamentales tienen una doble función¹⁰ es importante resaltar que en algunos derechos la función social y colectiva es preponderante a la dimensión individual. Por lo anterior, en la dinámica de los derechos fundamentales se debe armonizar entre los intereses individuales y los intereses colectivos ya que estas prerrogativas de carácter fundamental están garantizadas dentro del sistema constitucional tanto para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual como para alcanzar un “resultado global”.¹¹

Si comprendemos que, el derecho a la educación es una prerrogativa multifacética con una proyección tanto como derecho individual como un derecho colectivo y de interés público, comprenderemos porque la educación es un requisito básico para el buen ejercicio de otros derechos fundamentales; en este sentido la Organización de Naciones Unidas ha señalado que:

Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.¹²

En México, el derecho a la educación, en todos sus niveles es rehén de políticas mal diseñadas y mal implementadas y de los intereses de los

¹⁰ Existen diversos trabajos académicos que recogen los postulados de ésta teoría véase por ejemplo el texto de Julián Tolé Martínez, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de las cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, Número 15, Julio-Diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006.

¹¹ Los derechos fundamentales, como ya se ha señalado a lo largo del presente trabajo, tienen una importante función de carácter social y esta dimensión favorece que, a través de la observancia de estos derechos y de la preponderancia de su vertiente social, se alcance un resultado que se refleja en beneficios para la sociedad en su conjunto, es decir un “resultado global”. Véase De Domingo, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 2001.

¹² Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 21o. periodo de sesiones, 1999, párrafo 1.

sindicatos correspondientes y de grupos de presión política que ven en la educación un botín. Así, el derecho de los alumnos a recibir una educación gratuita, democrática que fomente la igualdad entre los individuos se ve diariamente vulnerado por intereses gremiales, por chantajes o por carencias estructurales y económicas. Mientras tanto, los padres de familia o las organizaciones preocupadas por el efectivo cumplimiento de esta prerrogativa se encuentran en absoluta indefensión al carecer de los rudimentos procesales necesarios para hacer valer este derecho vía de acción u omisión de las estructuras públicas o sindicales.

Imaginemos que en un feliz momento, por vía de amparo, los interesados logran una suspensión que obligue al demandado a modificar de manera radical la forma en que opera el sistema educativo, imaginemos que al final del día, los interesados obtienen una resolución e fondo que les da la razón. Una vez más, nos enfrentaremos a la dura realidad de que este ejercicio poco podrá hacer por cambiar la realidad nacional, debido al principio de relatividad de las sentencias de amparo el efecto benéfico de esta resolución no tiene el impacto necesario para modificar de fondo las relaciones educativas y la estructura del sistema educativo mexicano.

Lo anterior nos sitúa ante dos escenarios: o flexibilizar el principio de relatividad de las sentencias o incluir las acciones colectivas como mecanismo para proteger pluralidades de individuos para obtener compensación por daño y poder modificar las condiciones estructurales o institucionales que atentaban contra los derechos de los integrantes de la clase.

IV. FUENTES CONSULTADAS

1. *Bibliográficas*

CABRERA ACEVEDO, Lucio.(1983). “La protección de los intereses difusos y colectivos en el litigio civil mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. (2009). *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, p. 137.

GIDI, Antonio. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del Derecho Civil*, Lucio Cabrera (Trad.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- , y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo et. al. (2004) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Editorial Porrúa, México.
- HABERLE, Peter. (1983). *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3a Auflage, CF Müller, Heidelberg, p. 98 y ss.
- ROSENN, Keith. 1990. *Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society*, 38 Am. J. Comp. L. p. 773-794.
- WEINER, William y Delphine Szyndrowsky. (1986). "The class action. From the English Bill of Peacce to Federal Rule of Civil Procedure 23: Is there a Common Thread?", *Whittier Law Review* No. 23, p. 935 y ss. (Consultado el 22 de mayo de 2013 en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/whitlr8&div=57&id=&page=>)

2. *Legislativas, internacionales y jurisprudenciales*

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos: <http://www.un.org/es/rights/>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
- Código Federal de Procedimientos Civiles: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>

3. *Bases de Datos*

- GEORGETOWN University. Center for Latinamerican studies. Political Database of the Americas. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

NOTAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN EPISTEMOLÓGICA DE *LO CONSTITUCIONAL* EN LA GLOBALIZACIÓN

Enrique URIBE ARZATE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lo constitucional en el derecho*. III. *Lo constitucional fenoménico*. IV. *Lo constitucional proceso*. V. *Lo constitucional global*. VI. *Una concepción posible*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que la globalización ha tocado todos los aspectos de nuestra vida.

En el ámbito del derecho, el asunto no es menos perceptible, pues ahora los Tribunales de corte metaestatal, inciden decisivamente en el sentido que se aplican las leyes y se toman decisiones al interior del Estado. Más aún, cuando el alegato es a favor de la protección y garantía de los derechos humanos, resulta poco probable que el Estado resista la fuerza y el influjo del accionar de los órganos jurisdiccionales de tipo regional o transnacional¹.

El *estado de la cuestión* en este tópico, evidencia la configuración de muchos conceptos jurídicos y novedosos principios e ideas que van desde la discusión de temas esenciales como soberanía, la cosa juzgada, la supremacía constitucional, hasta asuntos más polémicos como la casi nula importancia de las fronteras, cuando de proteger derechos humanos se trata.

* Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

¹ Es incontestable la repercusión que tienen al interior del Estado, las resoluciones de las Cortes Internacionales cuando se acepta la jurisdicción de éstas. En el caso mexicano, es suficiente con revisar el “Caso Radilla”, para corroborar esta afirmación. En este asunto citado en vía de ejemplo, México ha tenido que introducir reformas a diversos ordenamientos legales, debido a los términos en que fue emitida la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De este modo, es común ahora escuchar en las reuniones de especialistas una justificada preocupación por el derrotero que habrán de tomar los asuntos del Estado en este nuevo escenario mundial y regional, donde la globalización ha echado raíces y las cuestiones concernientes al ejercicio del poder público, parecen escapar del control antes absoluto de la *potestas* del Estado.

Al margen y más allá de los acuerdos cupulares que sin duda repercuten en las políticas adoptadas por los Estados, *vgr.*, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc., el tema que nos interesa exponer en estas líneas, toma en cuenta la *praxis* del poder del Estado, pero con un enfoque particular al modo en que son utilizados conceptos fundamentales que permiten al Estado ejercer sus atribuciones, sin dejar de cumplir con sus obligaciones internacionales.

Las preguntas que circundan esta preocupación son del tenor siguiente: ¿qué es hoy la soberanía?; ¿cuál es el enfoque actual sobre la supremacía constitucional?; ¿podemos seguir discutiendo el tema de la jerarquía normativa?; ¿qué significado pleno y qué alcances tiene y tendrá en los años por venir, lo que se ha dado en llamar el control de convencionalidad?

En la raíz de toda esta cauda de preocupaciones, se sitúa la necesidad de delimitar la dimensión de *lo constitucional*, pues resulta incontestable que si no tenemos debidamente asido este concepto, no podremos dilucidar lo que nos espera en los meses y años por venir. Sólo por referirnos a lo que aquí hemos preguntado, el concepto de soberanía es hoy uno de los menos cuidados, no obstante su relevancia y pertinencia en el escenario actual; por su parte, los principios ortodoxos de la teoría constitucional, como la idea de supremacía, se tambalean ante la oleada de alegatos -a veces irreflexivos- sobre la preeminencia de los tratados internacionales².

Tampoco nos hemos preguntado si todavía es atendible la tesis de la jerarquía normativa, a pesar de la obligación primigenia que tenemos de estudiar cuáles son los alcances de los tratados internacionales y la naturaleza misma del orden normativo interno, donde hay “constituciones” y “Estados libres y soberanos”. En fin, ahora nuestros preocupados jueces locales ya ni siquiera miran la Constitución, pues de inmediato, el consabido control de convencionalidad, les impulsa a consultar cuanto tratado internacional tienen a su alcance, para saber si sus determinaciones no violan algún escurridizo artículo de corte internacional.

² El asunto no puede ser más esencial: La Constitución del Estado es la máxima referencia jurídica del propio Estado; los tratados internacionales forman parte del *universum iuris* y, en ese entendido, ocupan un lugar secundario, por la sencilla razón de que deben estar de acuerdo con la propia Carta Magna. Concebir la existencia de tratados internacionales, al margen o en contra de la Constitución, es simplemente absurdo.

Son éstas, las grandes interrogantes que vertebran la preocupación central de nuestro trabajo, donde intentaremos trazar las líneas que definen *lo constitucional*, de la mano con el esfuerzo más amplio por delimitar los alcances de lo constitucional, en medio de tantos fenómenos de tan alta complejidad.

II. LO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO

Resulta evidente que todo lo que concierne al ámbito de lo constitucional, está anudado al concepto de derecho, pues en este campo encuentra su natural asiento. Sin embargo, las referencias que hace poco tiempo nos indicaban lo constitucional como expresión natural de la Constitución del Estado y por ende, del Derecho del Estado, hoy en día son insuficientes para definir y delimitar todo aquello que tiene *naturaleza constitucional*.

De modo tal que un asunto que a primera vista es intrascendente y hasta baladí, se ha convertido en todo un reto intelectual para los juristas, habida cuenta del uso cada vez más extendido y variado que de *lo constitucional* se hace, lo mismo para definir una disciplina que para invocar preceptos útiles en la protección de los derechos humanos.

Lo cierto es que este asunto nos debe ocupar, en el ánimo de realizar una construcción epistemológica que sea capaz de dar respuesta a nuestras múltiples preguntas. Para guiar nuestro estudio en esta parte, basta con preguntarnos si lo constitucional es patrimonio exclusivo y excluyente de los juristas; *id. est.*, si *lo constitucional* solamente es aprehensible en el campo del derecho. De ser así, tenemos pendiente una reflexión muy interesante sobre la definición y delimitación de los contornos que en la ciencia jurídica tiene lo constitucional. Nos parece que el debate puesto en este plano, ofrece muy poca viabilidad y certidumbre. Nuestra búsqueda tiene que iniciar en la definición de lo jurídico-constitucional, para estar en aptitud de señalar si sólo a este campo pertenece dicha expresión (lo constitucional).

Decimos así que nuestra aproximación inmediata nos sitúa en la doble proyección que el término derecho tiene; por un lado, el *derecho – objeto* que falazmente se enseña y aprende en nuestras universidades y en la típica tradición iuspositivista y formalista, diciendo que se trata de las *normas jurídicas* que regulan a una sociedad.

Posteriores exploraciones nos llevan al intento por definir *qué es lo jurídico* para poder hacer el ejercicio metodológico de regresión y corroboración de los resultados. El hallazgo no puede ser más desalentador. En ningún diccionario se define lo jurídico y, por tanto, no estamos en posibilidad de saber

qué es lo jurídico-constitucional. El final de esta exploración se atasca en la pobre concepción paleopositivista que mira lo constitucional en la Constitución (escrita³) del Estado.

Desde este promontorio, lo constitucional entonces, es igual a “lo constitucional en la Constitución del Estado”.

El otro aspecto del término derecho, ni siquiera necesita ser revisado, pues según nuestro entender, las categorías que son útiles para definir la cientificidad de este campo del conocimiento, están fuera de debate. Lejos ha quedado la miope aseveración sobre el carácter acientífico del derecho⁴.

Sin embargo, queda latente el riesgo de la no completitud de nuestra ciencia, ante la tenue definición de su objeto de estudio.

¿Qué es lo jurídico? y ¿qué estudia la ciencia jurídica?; ¿qué es lo jurídico-constitucional (en el derecho)? y ¿qué estudia el derecho constitucional?

No encontramos aún las respuestas terminantes y posiblemente no se puedan hallar.

Sólo nos queda hacer un intento por “aprisionar” lo jurídico y *lo constitucional*, a efecto de contar con los elementos mínimos para su estudio. Nos vamos a servir para esto de un ejercicio de exploración sobre lo que se dice del derecho (visión *ex lege lata*) y que el derecho debe ser (visión *de lege ferenda*).

Con estas referencias, podemos decir que *lo constitucional* se empieza a configurar tomando en consideración otros modos de operar el derecho y otras maneras que hasta hace poco tiempo no se admitían como fuente o causa de lo constitucional.

Así las cosas, el Estado legislativo –como lo denomina Ferrajoli⁵–, ha comenzado a virar hacia la incorporación de otros modos de expresión constitucional, más allá de las primigenias exigencias de tipo paleopositivista.

Por estas razones, es posible afirmar que *lo constitucional escrito*, debe ser complementado con *lo constitucional consuetudinario* que también alimenta los procesos de transformación e incorporación de nuevos y recientes asuntos o temas constitucionales. Nos parece que esta visión más abierta, dará al derecho constitucional mayor solidez y consistencia.

En todo caso, el reto epistemológico que aquí se plantea, consiste en definir cuáles serán las notas distintivas que cualquier práctica jurídica (basada

³ Desde esta ruta metodológica, poco podemos decir sobre las constituciones no escritas, porque aquí lo jurídico se torna aún más volátil

⁴ Recordamos la reiterada cita de Von Kirchmann quien dijo: “*Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura*”. Es evidente que los parámetros que sirven para medir la cientificidad de las ciencias duras, son distintos a los que miden el derecho

⁵ Vid. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Trotta, Madrid, 2006

en la costumbre), deberá satisfacer para ser considerada como *algo* constitucional. Evidentemente, lo que aquí esbozamos supera y desborda la típica visión del formalismo y de sus modos de operación y creación del derecho en general y del derecho constitucional concreto. A partir de lo que estamos señalando, ya no es la norma escrita, ya no es la Constitución formal y solemne, lo que en términos absolutos y excluyentes, hace posible la aparición de asuntos de *naturaleza* constitucional. En este sentido, tampoco podemos admitir la exclusividad del proceso de reforma constitucional como la vía idónea y normal en la generación de lo constitucional. Una y otra de estas maneras de concebir y producir lo constitucional, han sido superadas: La norma escrita por sus naturales limitaciones frente a los fenómenos que cada día avanzan y se despliegan, a pesar de que la Constitución escrita, prevea o no tales desarrollos; el proceso de reforma constitucional, igualmente ha sido desbordado, por su rigidez y ante la ausencia de procesos ágiles y dinámicos que hagan posible la pronta absorción de los nuevos tópicos de *naturaleza* constitucional. *Vgr*; migración, datos personales, identidad, cultura, desarrollo, agua, sustentabilidad, etc.

Luego entonces, el reto se sitúa en la definición de lo constitucional tanto en el derecho escrito como en el derecho consuetudinario. Un asunto de tratamiento simultáneo, tiene que ver con los modos de operación de los procesos que den viabilidad a la incorporación de lo constitucional reciente, al seno de la propia Constitución. Este es el reto epistemológico.

Pero el desafío que hemos planteado, todavía se alimenta de otra problemática como la que se puede advertir en la tendencia inercial de aprehender lo constitucional en un *corpus* y hacer su lectura a partir de lo que el lenguaje jurídico es capaz de expresar; o más bien, a partir de lo que sus limitaciones inherentes, no pueden mostrarnos. Dos preguntas pueden orientar y dar mayor concreción a esto; ¿qué tanto puede decirnos el lenguaje jurídico sobre *lo constitucional*?; ¿qué tanto de *lo constitucional* puede contener una Constitución escrita? Las respuestas tienen que buscarse en una concepción distinta de las vías de aproximación que hasta hoy siguen predominando en los modos de construir el derecho.

En este orden de ideas, a la complejidad que representa lo que hasta ahora hemos anotado, debemos agregar la discusión acerca de la visión dogmática que concibe lo constitucional en una relación simbiótica e inextricable con el Estado. Podemos preguntarnos entonces, ¿se agota lo constitucional en la Constitución el Estado?; ¿la Constitución del Estado es capaz de contener en su articulado, todo lo constitucional? Una respuesta ortodoxa nos indica que la Constitución es límite y prescripción de todo aquello

que es esencial a la organización jurídico-política de los seres humanos. Sin embargo, la sociedad siempre está en movimiento; evoluciona, o al menos, se modifica. *Vgr.*, las reglas jurídicas del matrimonio, han tenido que admitir la regulación normativa de las uniones entre homosexuales; y todo ello, ha traído consigo importantes cambios en la percepción jurídica de la herencia, el testamento, el régimen de pensiones, etc. El derecho, lo jurídico, lo constitucional, no pueden estar desconectados de la dinámica social. Por eso, nuestra inquietud nos ha llevado a sostener que la Constitución escrita permite hacer una lectura, una aproximación inicial a lo constitucional, pero ni lejanamente abarca sus múltiples manifestaciones.

En nuestra visión, la Constitución escrita es similar a la superficie del lago; el agua que vemos, es una pequeña parte de la totalidad de agua que hay debajo de la superficie. Más allá de lo que vemos, hay un contenido que supera nuestra percepción inicial sobre lo que significa un lago; el lago es mucho más que la superficie que nuestros ojos pueden mirar. La Constitución es mucho más que las letras que el lenguaje jurídico nos puede mostrar.

Lo constitucional escrito o no, es aprehensible en esta aproximación epistemológica, sólo si se le mira como fenómeno. Lo constitucional *fenoménico* puede ser nuestra respuesta.

Por otra parte, lo constitucional codificado ha sido otra de nuestras directrices, ciertamente limitadas, pues la lectura de los asuntos de tal naturaleza, debe buscarse también en otros *corpus* -distintos a la Constitución- que por sus “contenidos”, puedan ser identificados en el mismo nicho de lo constitucional. Sin lugar a dudas, este otro aspecto de lo que nos ocupa, ha generado y sigue alimentando, un debate de altos vuelos que va, desde la dificultad en la definición de lo constitucional más allá del *corpus* constitucional, pasando por la discusión sobre la jerarquía normativa en la relación que se da entre la Constitución y otros ordenamientos de naturaleza constitucional, hasta otros temas de gran repercusión como la vigencia del principio de supremacía constitucional o la soberanía, por sólo citar los más representativos.

Según nuestra perspectiva, para el caso de que al lado de la Constitución podamos identificar otros *corpus* de similar naturaleza, nos parece que la discusión sobre la primacía formal de la Carta Magna y todo lo que se alega en la intención por saber si la Constitución está al mismo nivel de los tratados internacionales, o no, carece de sentido.

Luego entonces, de acuerdo con nuestra perspectiva, existen tres grandes bloques de conocimiento jurídico que nos pueden acercar a la respuesta que buscamos; a saber:

- A. Lo constitucional - *lenguaje* (signo) y lo constitucional - *fáctico* (hecho)⁶. Esto nos aproxima a la concepción de lo constitucional *fenoménico*.
- B. Lo constitucional *codificado* o lo constitucional *no codificado* (positivizado). Significa que “lo constitucional” es *proceso*.
- C. Lo constitucional *en una Constitución* o lo constitucional *más allá (fuera) de la Constitución*. Los asuntos concernientes a lo constitucional parecen apuntar a la dimensión de lo constitucional *global*; ergo, lo constitucional es un asunto de la humanidad.

Con estos breves apuntamientos, vamos a iniciar nuestras reflexiones.

III. LO CONSTITUCIONAL *FENOMÉNICO*

Lo constitucional escrito y lo constitucional consuetudinario = Lo constitucional *fenoménico*.

Las dos grandes tradiciones jurídicas ponen en evidencia dos formas distintas de crear y reconocer el derecho. La tradición del derecho escrito pone especial énfasis en el quehacer del legislador⁷; la tradición del derecho común, sienta la generación del derecho en la costumbre y las decisiones de los jueces⁸.

Lo constitucional tiene por consiguiente dos vías de expresión: El derecho que el Estado es capaz de poner en el ámbito de su *norma normarum*, normalmente a través del proceso de reforma constitucional y, por otro lado, *lo constitucional* que el sistema del *common law*, puede reconocer en lo más relevante de las decisiones de los jueces⁹.

En el caso de países como México, en la amplia zona de las reflexiones recientes acerca del derecho y la forma de configuración de lo que conocemos con esta denominación, cada vez cobran más fuerza las manifestaciones que tienen lugar al margen del derecho legislado. Aun cuando éste suele reconocer la importancia de tales modos de expresión humana, o cierto es

⁶ González Navarro, Francisco, *Lo fáctico y lo signico: una introducción a la semiótica jurídica*, Eunsa, Navarra, 1995

⁷ Para mayores referencias, puede verse la obra de Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, FCE, México, 1989

⁸ Una lectura más completa en Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1993

⁹ En Estados Unidos, por ejemplo, salvo el caso de las enmiendas, lo constitucional se visualiza en lo esencial que está contenido en las grandes sentencias de sus Tribunales. Para mayor referencia, puede verse Phelps, Glenn A. y Poirier, Robert A. *Demandas Constitucionales Permanentes*, Ediciones Prisma, México, 1988.

que existe una invisible -pero también infranqueable- barrera, entre el derecho que ha producido el Estado y aquél que ha nacido a la vida jurídica de la práctica, usos y/o costumbres de ciertos grupos étnicos u originarios que viven en el Estado. Poco podemos agregar a los abundantes estudios que hay sobre el particular¹⁰.

Para los efectos de nuestro estudio, la reflexión se sitúa en la pertinencia de identificar en qué momento y bajo qué condiciones una práctica consuetudinaria puede ser considerada como algo constitucional.

Para tal efecto, podemos tomar como referente la idea del núcleo constitucional como la zona esencial de lo constitucional, esté escrito o no.

El núcleo constitucional se configura con las decisiones políticas fundamentales referidas a la forma de relacionar la vida de los habitantes con la convivencia social, visible en la forma que el gobierno de una sociedad determinada adopta. Dicho en términos corrientes, el núcleo constitucional toma en consideración el poder del Estado (el poder público de las instituciones) y los derechos inescindibles a la condición humana (derechos humanos y/o fundamentales según la aproximación teórica al Estado). Son estas dos categorías las que influyen de manera decisiva, la definición acerca de lo que en el Estado (una sociedad determinada) puede y debe ser considerado “constitucional”. Baste un ejemplo para reforzar nuestro argumento: en la sociedad de la antigua Roma, la esclavitud era una institución que el derecho aceptaba y reconocía, de manera tal que el *paterfamilias* se asumía como dueño de la vida y bienes de su esclavo. Cuando la sociedad evolucionó, la esclavitud tuvo que ser abolida; todavía en el caso de México este asunto se definió hasta el siglo XIX. El fenómeno de la esclavitud fue proscrito por la ley, y por tratarse de un asunto del núcleo constitucional, los ordenamientos constitucionales recogieron su antítesis (la libertad) como un derecho humano. Así se configuró el fenómeno de la libertad como *algo* constitucional.

Según nuestra perspectiva, lo constitucional -legislado o no- aparece a la vida jurídica, en el momento que la sociedad estima que ciertos fenómenos (conductas o situaciones fácticas), deben ser engarzados en lo más alto de la valoración social. Desde luego, ambas expresiones (legislativa y consuetudinaria), pasan por un proceso de conversión y asimilación que permite a la sociedad y a los órganos de su gobierno, considerar que las referidas conductas y/o situaciones fácticas, forman parte del núcleo constitucional.

¿Cuáles son esas manifestaciones fenoménicas actuales que ameritan ser consideradas como *algo* constitucional?

¹⁰ Cfr. González Galván, Jorge Alberto, Derecho Indígena, UNAM, México, 1997

Un ejercicio de exploración nos lleva a señalar que las manifestaciones humanas e incluso otras provenientes de la naturaleza (y que inciden en la dimensión humana), son las que el derecho toma en consideración para ser incluidas en el concepto de lo constitucional. De este modo, la sociedad se encarga de valorar el grado de incidencia de tales cuestiones en esta zona “humana” del *núcleo constitucional* y es así como el derecho constitucional se enriquece con fenómenos de naturaleza constitucional que el área especializada del derecho comienza a incluir en su lenguaje¹¹.

Esto significa que el lenguaje jurídico y de manera más concisa el lenguaje jurídico-constitucional, moldea sus expresiones y nombra con ciertas palabras estos fenómenos y, de algún modo sus resonancias, a grado tal que lo constitucional-lenguaje es una de las primeras manifestaciones que preforman lo constitucional, por supuesto aun antes de que a cualquier legislador se le venga a la cabeza la extraordinaria idea de “subir” al plano constitucional, tal o cual asunto.

Pero no sólo el lenguaje sella su impronta en esta cuestión. Más bien, el lenguaje es la vía de expresión de los fenómenos que tienen que ser nombrados con este lenguaje especializado, para ser considerados en el ámbito de *lo constitucional*.

Veamos un ejemplo.

¿A quién le importaban los derechos de los migrantes hace algunos años? A muy pocos. Fue hasta el momento en que el fenómeno de la migración empezó a interesar a los estudiosos y a las organizaciones abocadas a su defensa, cuando el derecho constitucional empezó a tratar en su ámbito de conocimiento estos derechos. Ahora el lenguaje constitucional en este campo es altamente especializado, pues ya se puede hablar incluso de los derechos de los “trabajadores migrantes menores de edad”, lo mismo que de los derechos de “las mujeres migrantes en la frontera”.

El fenómeno franco de migración que va del norte de África a Europa o de Centroamérica a los Estados Unidos, ha merecido la atención del derecho constitucional y, además, las categorías jurídico procesales (todavía embrionarias) para la defensa de estos derechos, serán sin duda, centro de atención de nuestro *derecho constitucional transnacional* o de nuestro *derecho procesal constitucional internacional*.

¹¹ La importancia del lenguaje adquiere en esta temática una importancia cardinal. Sólo para ilustrar mejor lo concerniente a este campo, sugerimos al lector la consulta de Levinson, S. C. y D. P. Wilkins *Grammars of space. Explorations in cognitive diversity*, Cambridge University Press. 2006

Así las cosas, los derechos humanos en general, gozan ya de este tratamiento, aun cuando también su promoción y defensa, sean también temas de interés para el llamado *derecho internacional de los derechos humanos*.

Ahora bien, conectado con esta asunto, ¿cuál será el futuro del concepto de nacionalidad, ahora que la migración se ha apoderado de grandes espacios donde ya no es posible aplicar de manera indiscriminada este concepto? Ahora no lo sabemos, pero con toda certeza podemos aseverar que en pocos años la nacionalidad sufrirá una modificación radical, debido a la oleada de migrantes –y la penetración de sus costumbres– que van ganando terreno a la ficción de las fronteras y las “razas”.

En cualquier otro tópico el planteamiento puede ser similar. Lo mismo si se trata de derechos humanos que de los modos de organizar y ejercer el poder, el proceso de constitucionalización –entendido éste como el interés del derecho constitucional en su tratamiento– de múltiples fenómenos, parece ser el sino de nuestro tiempo. Otro ejemplo, sirve para ilustrar nuestra afirmación: Hoy, se habla mucho y en todos lados, de la democracia. Nos parece que poco se puede decir en contra de este mecanismo de elección de quienes gobiernan. Una visión prospectiva fácilmente nos puede anunciar que la democracia internacional o dicho en mejores términos, la *democracia constitucional internacional*, será en breve un asunto constitucional.

Esta es una aproximación a lo *constitucional fenoménico*. En el momento que un fenómeno cualquiera roza la esencia humana o toca cuestiones atinentes al poder que se ejerce sobre los hombres, lo constitucional empieza a tomar forma.

IV. LO CONSTITUCIONAL PROCESO

Además de su dimensión fenoménica, *lo constitucional* tiene otras manifestaciones. La más cercana a todos los habitantes es su redacción en un texto. De este modo, la Constitución es la referencia más simple y la más citada, lo mismo para el especialista que para el lego. La Constitución se aparece así como *la expresión y medida de lo constitucional*.

Sin embargo, esta idea de lo constitucional codificado, resulta insuficiente o al menos inoperante, en el mundo cambiante y complejo que hoy vivimos. La Constitución escrita (la Constitución código), es incapaz de contener en su articulado limitado y finito, toda la complejidad social y toda la dinámica que el Estado debe operar, de cara a la sociedad cada día más demandante. Tal vez por eso, en el caso de los Estados con constituciones

rígidas, las interminables reformas constitucionales son un asunto permanente¹².

Esta manera de operar lo constitucional desde la introducción de cambios a la redacción de los artículos constitucionales, entraña una limitada concepción no sólo sobre los derechos humanos y la *praxis* del Estado, sino además y tal vez de manera preponderante, acerca de la visión teórica concerniente a *lo constitucional*.

Es evidente que ni los “derechos humanos de papel”¹³ ni las atribuciones del poder público de tipo declarativo, tienen posibilidad de materializarse sólo desde su inclusión en la Constitución escrita. Lo constitucional desde este promontorio, es algo más que la *Constitución-código*; lo constitucional, está escrito en el texto de la Carta Magna, pero también lo constitucional debe ser tomado de los procesos de tipo consuetudinario que acontecen al margen del formalismo y la rigidez del texto escrito. Esta aproximación a un contexto dinámico de formación y adopción de *lo constitucional*, implica la reconstrucción de los “modos de apropiación” que el Estado puede (y debe operar) más allá del simple proceso de reforma constitucional, de suyo superado, limitado y anacrónico.

De lo antes señalado, destacan dos cuestiones de idéntica relevancia científica; a saber: El proceso de configuración de *lo constitucional*, distinto al proceso de reforma constitucional y, la necesidad de reconocer la existencia y la urgencia por contar con procesos (si se puede diversificados y ágiles) de incorporación de lo *constitucional-consuetudinario*, a la Constitución del Estado.

En cuanto a lo primero, muy útil resulta concebir a lo constitucional como un proceso en permanente configuración; *id. est.*, *lo constitucional codificado*, es la mínima expresión de *lo constitucional* que se puede advertir en la sociedad compleja de nuestro tiempo. Hay otras manifestaciones que no están en el “código” y que muchas veces ni siquiera aspiran a ser incluidas

¹² México rebasa las 500 reformas y los temas que afloran constantemente, hacen necesario plantear de inmediato la reforma constitucional, como si de la inclusión de los tópicos en cuestión dependiera su acatamiento o su consecución. Lamentablemente no es así. En 2011 se incluyó a los derechos humanos en el lenguaje jurídico del artículo primero de la Carta Magna y la violación de los referidos derechos, sigue siendo la asignatura pendiente del Estado mexicano.

¹³ Nos hemos atrevido a llamar “derechos de papel”, a los derechos humanos incluso incorporados al texto constitucional, pues su sola inclusión en un texto de tal significado, no garantiza su disfrute. El lector puede consultar de nuestra autoría, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho constitucional*, IIJ, UNAM, México, 2010. También verse Tuzet, Giovanni, “Una concepción pragmatista de los derechos”, en *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, número 39, ITAM, México, 2013

en el *corpus* de la Constitución escrita, pues su configuración y sus modos de operación no requieren esta vía. A manera de ejemplo podemos citar las costumbres fuertemente arraigadas en nuestras distintas etnias que sin estar constitucionalmente reconocidas, abogan por la defensa “constitucional” del medio ambiente e incluso por la defensa espiritual de la tierra¹⁴.

Por lo que toca a los procesos de incorporación de lo *constitucional-consuetudinario* a la Constitución del Estado, es inconcuso que existe una tajante separación entre el derecho legislado y el derecho nacido de la costumbre. En la dimensión constitucional esta separación se acentúa, debido a la prédica que usualmente se hace de lo constitucional, como si la totalidad de esta categoría estuviera contenida en el código que tal nombre recibe.

La lejanía que se advierte entre estos dos campos, nos lleva a decir que es tiempo ya de que el Estado diseñe los procesos de asimilación de las prácticas consuetudinarias al derecho hegemónico del Estado. ¿Cómo y en qué momento, la práctica constitucional-consuetudinaria, puede y debe ser adoptada por el Estado? Creemos que la respuesta es simple: Desde el momento que esta práctica recoja y predique asuntos esenciales para la humanidad, tal cuestión debe ser tenida como un asunto de relevancia constitucional y, por ende inscrita en el texto constitucional.

Nos parece que desde esta óptica, lo constitucional es proceso; lo constitucional es lisa y llanamente un asunto de humanidad; más todavía, se trata de la pervivencia del género humano. Por eso, asuntos como la defensa del medio ambiente, la lucha contra la depredación, el calentamiento global y otros más de parecida catadura, deben ser considerados como cuestiones de natura constitucional, con independencia de que estén en la constitución-código o todavía en proceso de formación, más allá de la rigidez de cualquier *corpus* constitucional.

V. LO CONSTITUCIONAL GLOBAL

Si lo constitucional está más allá del lenguaje y del código, por ser también fenómeno y proceso, vale decir que existe además la concepción de que lo constitucional no se agota en el Estado, aun cuando la referencia más próxima sitúe al Estado-nación y por consecuencia, a su territorio, como el espacio *ad hoc* para la puesta en marcha y para la observancia de la Constitución-código.

¹⁴ Son múltiples los casos que se inscriben en esta línea y casi todos en abierta oposición a la manera en que las compañías transnacionales medran en detrimento del medio ambiente; *vgr.*, los yaquis y mayos en México; los mapuches en Chile, etc.

Es claro que la Constitución escrita rige en el Estado; empero, lo constitucional (fenoménico y proceso) desborda esa Constitución escrita. Casi como natural consecuencia, lo constitucional está en la Constitución escrita pero también se desplaza más allá de ésta y por ende, más allá de las fronteras del Estado -su espacio natural de aplicación y su límite-.

Hace tiempo ya que las constituciones han empezado a compartir con otros ordenamientos (particularmente los tratados internacionales), los asuntos esenciales de natura constitucional. No es casual el repunte de las Cortes Internacionales en materia de Derechos Humanos, como tampoco nos sorprende la fuerza que ahora se reconoce a sus sentencias y recomendaciones.

Lo cierto es que esta misma oleada de lo constitucional más allá del Estado, ha iniciado -sin quererlo- una ofensiva en contra del mismo Estado y sus principios señeros, entre los que destacan la soberanía, la supremacía constitucional, la cosa juzgada, etc.

Como corolario de los dos avistamientos de lo constitucional previamente señalados, este que nos ocupa es el de mayor empuje y posiblemente el que menos se ha comprendido, pues lejos de referirnos a un debate irreconciliable entre dos órdenes jurídicos, se trata de algo elemental y por lo mismo, inexorable en los dos campos ya citados: Al interior del Estado y de su Constitución y fuera del Estado y más allá de la Constitución estatal, la configuración de lo constitucional, ha salido del monopolio del Estado. Lo constitucional es un fenómeno global, pues se entiende como un asunto de la humanidad.

Lo constitucional *en una Constitución* o lo constitucional *más allá (fuera) de la Constitución*, significa que los asuntos concernientes a lo constitucional parecen apuntar a la dimensión de lo constitucional *global; ergo*, lo constitucional es un asunto de la humanidad.

VI. UNA CONCEPCIÓN POSIBLE

Estamos caminando en pleno siglo XXI, y ya en el tercer lustro del tercer milenio, los asuntos concernientes a la humanidad nos fuerzan a la búsqueda de nuevos derroteros en todos los campos. La globalización ha tocado todos los aspectos de nuestra vida y, por lo mismo, nuestros derechos humanos no tienen ya discusión atendible, salvo en aquellos planteamientos que abogan por su protección. En lo que concierne al poder que se ejerce sobre los hombres, la cuestión es parecida, pues la fuerza y el imperio de *lo stato*, es un

asunto secundario, puesto ahora al servicio de los derechos inalienables de las personas.

De este modo, los ordenamientos jurídicos que la humanidad ha ideado a lo largo del tiempo para atender y proteger los derechos —ahora humanos—, tienen en la Constitución su expresión vital. Sin embargo, la reflexión acerca de *lo constitucional* y las profundas y diversas imbricaciones de este concepto, nos llevan a considerar que lo constitucional desborda el lenguaje jurídico formal y escrito y, por ello, también *lo constitucional* está visible en los fenómenos y en los procesos que ahora el Estado y su *corpus maximus* (Constitución) deben incorporar, en el ánimo de mantener el carácter predominante de lo constitucional (*en el y*) desde el Estado.

No negamos importancia a los procesos de tipo constitucional que están más allá del Estado; sin embargo, nuestra apuesta por el resurgimiento de la supremacía constitucional, nos permite sostener la pertinencia de que siendo lo constitucional un asunto de la humanidad y para la pervivencia de la humanidad, el primero y principal responsable y promotor de lo constitucional debe ser el Estado constitucional.

Así, *lo constitucional* puede ser aprehendido en las cuestiones atinentes al control del poder del Estado y de otras instancias internacionales para garantizar el respeto a los derechos humanos, y que son esenciales para la pervivencia del género humano.

Esto es lo que trata el derecho constitucional. *Ergo*, el derecho constitucional estudiará en la actualidad, tanto los contenidos de nuestro derecho constitucional tradicional (es decir, los contenidos del derecho constitucional visibles desde la perspectiva del Estado), como los contenidos de tipo fenoménico (perceptibles en lo constitucional que acontece más allá del Estado) y que resultan vitales para una garantía adecuada de los derechos humanos en este solar o en otro cualquiera.

El Estado constitucional se erige en este contexto, como el garante y promotor de *lo constitucional*; por eso, debe ser el Estado capaz de ejercer controles adecuados para el ejercicio del poder público y también con la fuerza para asumir la garantía de los derechos humanos. También es aquel que toma en cuenta el desarrollo de los fenómenos atinentes al poder y los derechos humanos, para procurar el ejercicio mesurado del primero y la garantía plena de los segundos, dentro y fuera de su territorio.

Lo constitucional es así, la manifestación primaria de los fenómenos humanos que por su naturaleza esencial, deben ser regidos por el máximo ordenamiento jurídico del Estado. *Lo constitucional* es tal, porque se vincula indefectiblemente con las cuestiones atinentes a la pervivencia del género humano. Por eso, la Constitución —instrumento para la concordia y el fun-

cionamiento del Estado- tiene que generar las vías de comunicación con los fenómenos de *natura* constitucional que nuestra Carta Magna, por su dimensión jurídica egregia, por su carácter formalmente preeminente, debe conducir antes que cualquier otro *corpus* o instancia internacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*, Trotta, Madrid, 2006
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *Derecho Indígena*, UNAM, México, 1997
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Lo fáctico y lo sgnico: una introducción a la semiótica jurídica*, Eunsa, Navarra, 1995
- LEVINSON, S. C. y D. P. Wilkins *Grammars of space. Explorations in cognitive diversity*, Cambridge University Press, 2006
- LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1993
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano canónica*, FCE, México, 1989
- PHELPS, Glenn A. y POIRIER, Robert A. *Demandas Constitucionales Permanentes*, Ediciones Prisma, México, 1988
- TUZET, Giovanni, “Una concepción pragmatista de los derechos”, en *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, número 39, ITAM, México, 2013
- URIBE ARZATE, Enrique, “La dimensión vivencial pragmática de los derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho constitucional*, IIJ, UNAM, México, 2010

TENDENCIAS Y RETOS DE LA REPRESENTACION POLITICA EN MEXICO

Homero VAZQUEZ RAMOS*

En memoria del ilustre doctor Don Jorge
Carpizo, maestro, amigo, ejemplo, el hom-
bre de México.

SUMARIO: I. *Antecedentes de la representación política en el siglo XX.* II. *Tendencias de la representación política.* III. *Los retos de la representación política en México.* IV. *Consideración final.*

I. ANTECEDENTES DE LA REPRESENTACION POLITICA EN EL SIGLO XX

La Constitución Política de 1917, en su artículo 30 estableció que la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización en complemento con el artículo 31 que habla de las obligaciones de los mexicanos.

“Los ciudadanos mexicanos serán los varones y las mujeres, que teniendo la calidad de mexicanos además tengan 18 años cumplidos, si son casados y 21 años si son solteros, así como un modo honesto de vivir. (Art. 34)”.

Las prerrogativas de los ciudadanos mexicanos son las de votar y ser votado, así como la que menciona la fracción tercera del artículo 35 que dice: “Asociarse para tratar los asuntos políticos del país”. Con lo que se garantiza el nacimiento de los partidos políticos, conformados en asociaciones.

En esta Constitución el Poder Legislativo se deposita en un Congreso General dividido en dos Cámaras, la primera de diputados y la segunda de senadores (art. 50). De representantes de la nación se compondrá la cámara

* Director de la Cátedra Nacional de Derecho “Jorge Carpizo” (México). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Profesor en el Departamento de Sociedad y Economía del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara. homero.vazquez@cusur.udg.mx y homero_vr@hotmail.com

de diputados elegidos cada tres años por ciudadanos mexicanos (art. 51). Cada diputado propietario se elegirá por cada 70,000 habitantes o por una fracción que pase de 80,000, en ningún caso la representación de un Estado tendrá menos de dos diputados excepto los territorios que no tengan esta población, los cuales tendrán únicamente un diputado (art. 52).

La elección será directa (art. 54). Los requisitos para ser diputado los establecía el artículo 55 y preceptúa que deberá ser ciudadano mexicano por nacimiento, de 25 años de edad, originario del Estado o territorio que lo elige, no pertenecer al ejército ni ser secretario o magistrado así como no ser ministro de cualquier culto religioso.

Los requisitos para los senadores son los mismos salvo la edad. Al efecto podemos aclarar que nunca más se preceptúa como requisito para ser representante la calidad de rico o pobre para ser o no elegido; esto para fortuna de nuestro pueblo.

Veamos ahora al Poder Ejecutivo y el funcionamiento que tienen las votaciones del Poder Legislativo en la conformación, interviniendo según el artículo 84 constitucional, donde menciona el mismo sistema de votación para elegir Presidente de la República, ocurrida en los dos primeros años del período respectivo, si el Congreso estuviere en sesiones, se constituirá inmediatamente en Colegio Electoral, “y concurriendo cuando menos las dos terceras partes del número total de sus miembros, nombrará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos un Presidente interino...”. Aquí la votación es estrictamente definida con las dos terceras partes, el Congreso por mayoría absoluta decidirá.

Podemos resaltar que, las votaciones que haga el legislativo en cualquiera de sus casos y previa reunión de los miembros exigidos, será por mayoría absoluta, esto es, la representación nacional votará y decidirá en forma definitiva en las diversas actuaciones que le plantee la Constitución, sean decretos, leyes, ratificaciones y hasta la elección del Presidente.

Ahora y en complemento de las facultades del Congreso y la aprobación de las mismas conferidas por la Constitución, ésta preceptúa en su artículo 135 que:

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

El Congreso no deja nada de su competencia constitucional, es el órgano con más responsabilidad que hay en el país, es a la vez el más privilegiado y demandante en el equilibrio de poderes, de ahí la importancia de las votaciones que se realicen en los casos que la propia Constitución contempla y, sobre todo, la importancia de ver qué tipo de personas tenemos en dicho órgano y algo que queda a nuestra conciencia: el saber elegir.

En pocas palabras, la representación nacional, que más bien debiera entenderse como representación del pueblo, tiene legalmente de fondo el poder sobre el país, el control y la directiva del mismo a través de las facultades conferidas, que es su participación en un justo equilibrio de poderes.

La representación política no cambió durante la etapa posterior a la Revolución, hasta la reforma de 1962, reformándose los artículos 54 y 63 entre otros; el primero de ellos materia exclusiva de la representación en la Cámara de Diputados, en la que los partidos políticos minoritarios tendrían acceso a una mayor participación que no habían gozado hasta el momento, aunque en realidad solamente les concedían el derecho de opinar, más no de decidir. Tanto las mayorías como las minorías tienen derecho a opinar, a discutir y votar, pero sólo las mayorías tienen derecho de decidir.

Esta reforma da nacimiento a otro tipo de Diputados distinto del mayoritario, llamados “Diputados de Partido”, que contemplaba en el sistema de mayoría una representación minoritaria lograda ésta del resultado porcentual de la votación total nacional.

Un partido, para que tuviera derecho a diputados de partido, debía obtener dos y medio por ciento de la votación total nacional, pudiendo alcanzar un máximo de veinte diputados de partido. Esto es, el partido que haya obtenido el 2.5% de la votación total tenía derecho a 5 diputados y por cada medio por ciento un diputado más hasta la cantidad de 20. Si el partido obtuviera más de 20 diputados por mayoría no tenía derecho a diputados de partido, y si obtuvo menos de 20 completaría en su caso, con diputados de partido. Más claramente:

Artículo 54.- La elección de diputados será directa, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 52, se contemplará además, con diputados de partido, apegándose en ambos casos a lo que disponga la ley electoral y, en segundo, a las reglas siguientes:

I.- Todo partido político nacional, al obtener el dos y medio por ciento de la votación total en el país en la elección respectiva, tendrá derecho a que se acredite, de sus candidatos, a cinco diputados, y a uno más, hasta veinte como máximo, por cada medio por ciento más de los votos emitidos.

II.- Si logra la mayoría en veinte o más distritos electorales, no tendrá derecho a que sean reconocidos diputados de partido, pero si triunfa en me-

nos número siempre que logre el dos y medio por ciento mencionado en la fracción, tendrá derecho a que sean acreditados hasta veinte diputados, sumando los electos directamente y los que obtuvieron el triunfo por razón de porcentaje.

El 22 de diciembre de 1969 se daba un paso más hacia nuestro perfeccionamiento democrático cuando se rebajaba de 21 a 18 años la edad requerida para alcanzar la ciudadanía mexicana, dando así, una base amplia para el ejercicio de los derechos cívicos pues se consideró y con razón, que dado el mundo más evolucionado que vivían ya las nuevas generaciones con respecto a las anteriores (mundo caracterizado, fundamentalmente, por el notabilísimo desarrollo de los medios masivos de comunicación o difusión), los jóvenes contemporáneos, a los 18 años, resultaban mejor preparados y capacitados para entender los fenómenos vitales de todo orden que los de generaciones anteriores cuando el requisito para alcanzar la ciudadanía era tener 21 años cumplidos.

Y en este mismo orden de ideas, pero un poco en sentido inverso, se hacían poco después, las reformas constitucionales necesarias para el franco acceso de esa juventud a los puestos de elección popular, al rebajar las respectivas edades mínimas requeridas para poder arribar al Congreso de la Unión: de 25 a 21 años para ser diputado y de 35 a 30 años para poder ser senador de la República.

Estas reformas a la Constitución marcaron inicio del sistema mixto de representación en México. El establecimiento admite la primera etapa de la representación proporcional, aún los límites impuestos a la misma representación minoritaria.

Al decir del año 1971 se reforma nuevamente el artículo antes mencionado, en especial el porcentaje para obtener diputados de partido, pasa de dos punto cinco por ciento de la reforma anterior al uno punto cinco por ciento, esto con el afán de dar mayor flexibilidad al sistema mixto y escuchar un mayor número de voces en el Congreso. Pero aún, a pesar de este se les sigue restringiendo por que se marca como máximo 25 diputados de mayoría o minoría, según sea el caso, marginando de la contienda política del país, pues se sigue sosteniendo la detentación del poder por la mayoría. En sí la reforma buscó mayor participación real solamente para que se escucharan un mayor número de opiniones.

La reforma constitucional de 1977 estableció que la cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, se componga de 400 diputados en su totalidad, de los cuales 300 serían elegidos por votación mayoritaria y 100 diputados serían elegidos mediante el sistema de listas regionales que pre-

sentaren los partidos políticos en las cinco circunscripciones plurinominales en que se dividió el país, dentro de los 300 distritos electorales de mayoría. La elección de los 100 diputados se ajustaba a que tendrían derecho los partidos políticos minoritarios para participar acreditando candidatos de mayoría en 100 distritos. Así mismo que no tendrían derecho a diputados de representación proporcional los partidos que hubieran obtenido 60 o más diputados de mayoría y los que no alcanzaren el 1.5% del total de la votación emitida para las listas regionales en las circunscripciones plurinominales.

Al partido político se le asignaría el número de diputados de su lista regional que corresponda al porcentaje de votos obtenidos en la circunscripción plurinomial correspondiente y para dicha asignación se seguía el orden que tuvieran los candidatos en las listas correspondientes.

Esta reforma estipulaba que si dos o más partidos con derecho a participar en la distribución de las listas regionales que no hayan obtenido 60 o más diputados de mayoría, alcanzan en su conjunto 90 o más diputados de mayoría cada uno, entonces únicamente se repartirían el 50% de las curules, que debieron asignarse por el principio de la representación proporcional.

Queda superado, así, además, aunque muy relativamente tan sólo, un problema constitucional; el hasta entonces vigente artículo 52 de nuestra Carta Magna, había tenido que venir siendo modificado continuamente, porque se concibió el nombramiento de los diputados de acuerdo a una base demográfica determinada; y así a partir del 5 de febrero de 1917, en que apareció con una proporción de uno por cada sesenta mil habitantes, siguió proporcionándose a medida que aumentaba la población, hasta llegar al texto vigente hasta antes de la reforma, de un diputado por cada doscientos cincuenta mil habitantes; y entre ambas fechas se pasó por toda la gama intermedia entre dichos mínimos y máximos, a través de no menos de cinco reformas, y haciéndonos pensar que una disposición de este tipo, sujeta a tan continua variable demográfica, cabría mejor en una ley ordinaria que en la propia Constitución.

Más, y he aquí superado el problema: aunque muy relativamente, los diputados ya no serán electos conforme a una base poblacional determinada, sino que lo harán en número fijo, correspondiéndoles, empero, la representación del número de ciudadanos que habiten el distrito correspondiente; pero a medida que aumente la población, habrá de representar a un mayor número de habitantes, y a la larga habría de ser modificado dicho número fijo, a riesgo que de no hacerlo así, los diputados fueran perdiendo su grado de representatividad popular.

La constitucionalización de los partidos políticos es otra de las grandes innovaciones que entraña la Reforma Política que nos ocupa. Hasta la aparición de las reformas últimas, en efecto, la única base constitucional que había tenido la existencia de los partidos políticos era la derivada del artículo noveno, de aquella Constitución, a través de los derechos de asociación y de reunión. Su constitucionalización era inminente, en tanto que son los verdaderos canalizadores de la opinión pública en materia electoral, e instrumentos necesarísimos para el libre juego democrático. La elevación a rango constitucional de los principios que informan su organización y desarrollo respondía, así mismo, a su contacto directo con el pueblo, y a la importancia y trascendencia que para la vida de la Nación tienen las actividades que realizan. Pero no sólo ello, sino que al serles reconocido su carácter de interés público, compete al Estado la obligación de asegurar las condiciones para su desarrollo, a la vez que propiciar y suministrar a los propios partidos políticos el mínimo de elementos que requieran “en su acción destinada a recabar la adhesión ciudadana”. Es por ello, también, que les ha conferido, en forma permanente, su acceso a la radio, a la televisión y en fin, a todos los medios masivos de comunicación social; y aunque no poco ha sido rebatida aquella sección de esta reforma constitucional que propone hacerles contar, en forma equitativa, con el mínimo de elementos necesarios a la realización de sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular, pues si dichos elementos -se ha dicho- provienen del Estado significaría ello tanto como la mediatización de su soberanía y dignidad, no quiere tomarse en cuenta aquello precisamente: que uno de los efectos de su jerarquización constitucional sería la obligación que tiene Estado de subvenir a sus más elementales necesidades, a fin de fortalecerlos y contar con un efectivo juego democrático y no con pretendidos partidos fantasmales y volátiles que así como aparecen, desaparecen.

Más ello no es todo; se previó, también la reforma correspondiente al artículo 115 a fin de que las legislaturas locales pudieran integrarse con diputados de minoría, con el objeto, así mismo, de que hasta a los municipios pudiera llegar las ventajas de la representación proporcional combinadas, en un sistema mixto como el que se prevé a nivel federal, con nuestro tradicional sistema de mayorías; pues es de la esencia de la democracia, que siguieran siendo éstas las que decidan, dentro de un régimen en el que todos participen y se beneficiaran, para engrandecimiento de México.

La filosofía que perseguía es, en palabras del ilustre Dr. Don Jorge Carpizo: “el gobierno de la mayoría, evitando que las decisiones de ésta se vayan a ver obstaculizadas; pero la mayoría deberá oír y tomar en cuenta a las minorías antes de decidir”. El día 3 de noviembre de 1986, el Presidente

de la República presentó una iniciativa de reforma a los artículos 52, 53 párrafo segundo, 54 primer párrafo y fracción II, III y IV, 56, 60 y 77 fracción IV, misma que fue enviada a la Cámara de Diputados el día 4 del mismo mes y año.

Dicha iniciativa de reforma propuso el mantenimiento del sistema mixto que representara las corrientes políticas nacionales, sin que dispersara la voluntad popular o polarización de fuerzas, así mismo que no se produzca una distorsión extrema entre el porcentaje de votos sufragados y los curules obtenidos.

El objeto de la misma fue fortalecer el pluralismo político mexicano, ampliando la participación de los partidos minoritarios en la integración de la cámara de Diputados, manteniéndose el sistema mixto de integración, preservando el principio de mayoría relativa con 300 diputados, incrementando a 200 el número de diputados elegidos por el sistema proporcional, de esta manera crecería la Cámara en dimensión, pero también en representatividad.

Garantiza este incremento el artículo 54 que se propuso establecer que la mayoría no podía alcanzar 350 curules, el 70% del total, significando esto que los partidos minoritarios aumentarían su presencia cuando menos en 50 diputados, con lo que les correspondería, como mínimo el 30% de la integración de la cámara o sea 150 diputados.

El sistema que se proponía con estas reformas de 1986 consagró el carácter dominante de principio de mayoritario en la integración de la cámara de Diputados, asignando al principio de representación proporcional la función específica de disminuir la distorsión que pudiera inducir al principio mayoritario. El electorado conserva la facultad de designar a la mayoría, como ocurre en cualquier sistema democrático evitando la suplantación de su voluntad por acomodos o acuerdos destinados a generar mayorías ficticias.

El principio de mayoría actúa en los distritos uninominales, identificando el electorado del distrito a los candidatos y a las fórmulas, quedando los representantes elegidos, obligados a mantener una relación viva y directa con el electorado para conservar la posición mayoritaria.

El mecanismo práctico que buscaba esta reforma, consistía en hacer posible como resultado de que el electorado decidiera elegir y conservar a la mayoría o generar una nueva, esta mayoría obtiene mayoría en la cámara por la cuantía de los distritos ganados, sean o no uninominales, lográndose esto con la operación del mecanismo de autorregulación que se proponía y es la de que “el partido que obtenga la mayoría en el electorado, cual quiera que sea, obtendrá la mayoría en la cámara, al participar en la asignación de

representantes por representación proporcional hasta conformar la mayoría en cuestión”.

Según esta reforma se propuso el objetivo de garantizar la estabilidad y eficacia de la cámara, cualquiera que fuese la mayoría, absoluta o relativa, no teniendo que acudir a mecanismos de límites y condiciones que equivaldría en todo caso a disminuir la representación política de las mayorías.

Apenas un año después, la reforma de 1994 incrementó el peso e influencia de los consejeros ciudadanos en la composición y en los procesos de toma de decisiones de los órganos de dirección, y les confirió la mayoría de los votos, además de ampliar las atribuciones de los órganos de dirección a nivel estatal y distrital, lo que aumentó significativamente la confianza de la ciudadanía, tanto en el proceso electoral como en la resolución de los conflictos derivados de las elecciones.

Dos años más tarde, la reforma de 1996 reforzó la autonomía e independencia del Instituto al desligar, por completo, al Poder Ejecutivo de su integración y al reservar el voto dentro de los órganos de dirección exclusivamente a los consejeros ciudadanos. A esta reforma se le reconoce como la que otorgó justicia y equidad al sistema electoral mexicano.

Si tomamos en cuenta que desde 1977 se iniciaron las reformas electorales, tuvieron que pasar prácticamente dos décadas para que se consiguiera cambiar, en su totalidad, el régimen electoral: “La transformación del IFE fue muy relevante porque se le otorgó autonomía, y, al mismo tiempo se transformó el tribunal electoral en una instancia de pleno derecho y se le incorporó al Poder Judicial. Estas reformas permitieron que en 1997 las elecciones federales tuvieran una gran legitimidad de origen y estuvieran apegadas a la legalidad, por primera vez en el México moderno”.

Como parte de la reforma de 2005, el 23 de febrero de ese año, la Cámara de Diputados aprobó una modificación a la ley electoral para que los mexicanos que residen en el extranjero pudieran ejercer su derecho al sufragio; la medida se aplicó en las elecciones de 2006 con un costo económico elevado y no fue todo lo exitosa que se esperaba, debido a la situación migratoria irregular de muchos de nuestros connacionales y a la limitada difusión que se hizo sobre el asunto en su momento.

A pesar de todas estas reformas, que mediante un proceso incremental democratizaron y modernizaron el sistema electoral mexicano, al grado de volverlo uno de los más sofisticados del mundo, la elección presidencial de 2006 “mostró los límites del marco electoral para dirimir la lucha político-electoral”.

Por lo que respecta a la más reciente y tan cuestionada reforma de 2007, se establecieron ni más ni menos que 53 atribuciones para implementar un

nuevo modelo de comunicación política, con nuevas reglas, que tuvieron como objetivos declarados: fortalecer la confianza y la credibilidad; promover la participación ciudadana; asegurar condiciones de equidad y civilidad en la contienda; transparentar el proceso de organización y difusión de los resultados en el proceso comicial 2009. Asimismo, se crearon la Contraloría General, cuyo titular es designado por la Cámara de Diputados; y la Unidad de Fiscalización, órgano con plena autonomía a cargo de un funcionario designado por el Consejo General.

Para que funcione un sistema representativo se requiere que la sociedad tenga un mínimo de condiciones objetivas que hagan que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidades reales de ser representantes de sus conciudadanos y que los representados escojan de forma racional, consciente y responsable, a sus representantes. En cualquier caso, es necesario que si la sociedad no tiene el mínimo de homogeneidad requerido para el funcionamiento del sistema en comento, todos los sectores del complejo social (sociedades multiculturales) se encuentren representados, por lo menos en alguna proporción.

En México, nuestra sociedad es total y rotundamente heterogénea, con diversidad de grupos, algunos de ellos extraordinariamente opuestos, y muchos de los cuales no tienen, hasta la fecha, representación política alguna. Por siglos han sido excluidos sin justificación alguna.

De hecho, en México, ni siquiera se aplica correctamente el principio de mayoría, esencial en toda democracia, pues no es una mayoría la que manda, sino por el contrario, tan sólo una pequeña parte de la población que, bajo un manto representativo, gobierna y conduce al país de acuerdo con intereses muy concretos y elitistas. La tendencia a que sea siempre una minoría quien decida los destinos de México tiene profundas raíces históricas que tienen que ver con la elaboración de proyectos nacionales excluyentes que han llevado al régimen a reprimir a aquellos que han pretendido formular un proyecto alternativo.

El sistema representativo como principio democrático fundamental, por un lado, es pauta para obtener reglas que permitan celebrar elecciones cada vez más limpias y competidas; y por otro, dicha reglamentación facilita la procuración de construir un régimen auténticamente pluralista (en donde sean escuchadas las opiniones, debatidas todas las ideologías y representadas las minorías) y donde exista un juego efectivo de todos los partidos y fuerzas políticas. De no ser así se contradice la idea de Stuart Mill, al decir que:

Una mayoría de electores deberá tener una mayoría de representantes, pero una minoría de electores deberá estar representada tan completamente como

la mayoría, pues de otra manera no hay igualdad en el gobierno sino desigualdad y privilegio: una parte del pueblo gobierna al resto, contra toda justicia social.

II. TENDENCIAS DE LA REPRESENTACION POLÍTICA

Después del desastroso resultado de las elecciones del 2009, el Presidente Felipe Calderón y el PAN intentaron elaborar una propuesta que le permitiera al partido todavía en el poder, recuperar el lugar que tuviera en el 2006. Para la propuesta se tomó en cuenta como primer dato la abstención nacional del 55.20% en las elecciones federal del 2009 y el sorprendente número de 1' 867,729 ciudadanos que votaron en blanco, es decir, que anularon su voto en la casilla, siendo el total de votos anulados apenas 400 mil votos menos que el PVEM. Esto para cualquier entendido significa que el electorado o no se identifica con la "democracia mexicana" o la ignora o de plano la repudia.

La reforma, cuya negociación se inició en 2009 fue aprobada en abril de 2012 por el Congreso, y ratificada por 17 congresos locales, más de la mitad de las legislaturas estatales.

El presidente Felipe Calderón firmó el miércoles 8 y publicó el día 9 de agosto de 2012 el decreto con el que se reforman 12 artículos y adicionan siete más las disposiciones a la Constitución política mexicana, tras la aprobación en el Congreso de la reforma política, con lo cual, los ciudadanos tendrán "una mayor injerencia" en la vida política del país.

En el mismo se contemplan instituciones muy importantes como la iniciativa popular; la consulta popular; las candidaturas independientes o al margen de los partidos políticos; la iniciativa preferente del Presidente de la República; los supuestos para cubrir las ausencias o separación del Ejecutivo Federal, así como diferentes alternativas para que éste rinda protesta cuando no lo pueda hacer ante el Congreso de la Unión; la ratificación en el Senado de funcionarios de los órganos reguladores en materia de telecomunicaciones, energía y competencia económica; se cambiaron las fechas para la revisión de la Cuenta Pública, principalmente.

Sin duda que ésta nueva reforma institucional del estado mexicano, contribuye al desarrollo y consolidación del estado constitucional democrático que estamos construyendo los mexicanos; sin embargo se sigue quedando corta, para satisfacer las demandas y exigencias de nuestra realidad política contemporánea.

A las importantes reformas políticas de 1977-1978, de 1989-1990, 1994-1995, 1996, 2007-2008, principalmente, ahora agregamos la reciente

de 2012, que han venido marcando el perfil del México democrático de finales del siglo pasado y principios del XXI.

III. LOS RETOS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO

La democracia como sistema representativo obtiene, pues, su legitimidad de la creencia que en el pueblo está presente de alguna manera en los actos de gobierno, aunque sea a través de la elección de unos representantes que son los destinados a realizar dichas actividades. Como ha señalado B. Manin, este sistema incorpora un elemento potencialmente igualitario al ofrecer a todos esas posibilidad de participar en la elección de quiénes van a ser los representantes, pero también otro elemento esencialmente elitista por restringir a unos pocos la posibilidad de llegar a ser representante. Esta limitación surgiría de la naturaleza intrínsecamente desigual de la elección, pero el hecho de que coexista con el sufragio universal, en opinión de dicho autor, le proporciona una justificación: son los electores los que deciden que sólo determinado tipo de candidatos sean los elegidos. Esto, sin embargo, sólo resuelve parcialmente el problema ya que una de las principales creencias que contribuye a la legitimación del sistema democrático es que existe cierta similitud entre gobernantes y gobernados. La historia de la democracia ha sido la historia de la lucha por alcanzar la igualdad política, pero entendida no sólo como reivindicación de la ampliación progresiva del sufragio, sino también como intento de acercar y conseguir la mayor identificación posible entre gobernantes y gobernados. Por eso, aun cuando consideremos necesario e inevitable ese efecto elitista de la elección, han existido y existen claras diferencias a la hora de determinar cuál debe ser la distancia adecuada entre representantes y representados. Y, en este punto, la idea de correspondencia o reflejo resulta muy efectiva, porque, como señala acertadamente Manin, hace compatible la división del trabajo y el principio de igualdad democrática.

Los rasgos o características que debían constituir el contenido de esa correspondencia han variado a lo largo del tiempo. Esta exigencia era la que justificaba en el siglo XVIII las quejas de determinadas unidades geográficas a las que se consideraba “virtualmente” “representadas por candidatos que no habían elegido; también está detrás de la discusión entre los federalistas y anti federalistas acerca del ámbito de elección y función de los representantes; y nos permite entender el optimismo con el que en el siglo siguiente se recibió la aparición de partidos de masas que se esperaba faci-

litarían el acceso al poder de los trabajadores. Los criterios esgrimidos para decidir que rasgos determinaban ese acercamiento han variado en función de los colectivos que se consideraban excluidos, pero la exigencia de algún tipo de correspondencia ha estado presente desde un principio. Es por ello considerar que la concepción descriptiva de la representación no puede ignorarse, aun cuando resulte evidente que no puede acortar por sí misma todo el debate sobre la representación.

En la actualidad, asistimos a múltiples debates teóricos y políticos sobre cómo debe entenderse la representación que sitúan en primer plano una u otra dimensión: la cuestión de la responsabilidad de los representantes, la crisis de los partidos como intermediarios de la representación, etc.

La discusión concreta en la que los autores identificados con la concepción descriptiva, presentan sus demandas es la suscitada por la exigencia de reconocimiento, que ha dominado el discurso de la teoría política en los años noventa. Pero toda esta polémica arranca de un período anterior, los años sesenta, en los que la lucha por la igualdad centrada en el conflicto de clase fue poco a poco dejando hueco a reivindicaciones originadas por otro tipo de discriminación como el sexo, la raza, etnia, etc. En este proceso reivindicativo con el tiempo se fue insistiendo cada vez más en la necesidad de lograr el cambio cultural, antes que el económico-político, y en la obligación de tener en cuenta la diferencia, no de ignorarla. Ello supuso hacer hincapié en la necesidad de evitar el “asimilacionismo” y fomentar el respeto por la diferencia, lo que se reflejó en la aparición de movimientos sociales que permitían a los colectivos discriminados organizarse para defender por sí mismos sus intereses. Y lo característico de esta estrategia fue el desprecio por la política institucional y en énfasis en la participación en ámbitos como el lugar de trabajo y la sociedad civil. En los ochenta, sin embargo, la esperanza en la transformación total de la sociedad pareció esfumarse. Las identidades que exigían un tratamiento especial se multiplicaron y empezaron a competir entre sí, y se produjo, además, una recuperación del interés por la presencia en las instituciones, tendencias que se mantuvieron y acentuaron en los noventa.

Aun cuando son éstos antecedentes que comparten con otras posiciones y estrategias políticas, la política de la presencia se diferencia de otros desarrollos directos de esta evolución por su pragmatismo y la limitación de sus objetivos. Pero vayamos por parte. En primer lugar, como señala A. Phillips lo que todo ese proceso nos ha enseñado es que la diversidad ya no se puede percibir sólo o principalmente como diferencia de opiniones, creencias o ideas, sino como diferencia de experiencias e identidades que caracterizan a los diferentes colectivos que componen el cuerpo político. Por ello, una vez

demostrado que las desigualdades sociales y económicas determinan la participación y, por tanto, la influencia política, la presencia física los miembros de colectivos desfavorecidos en el proceso de toma de decisiones se convierte en un objetivo político fundamental.

Los defensores de la política de la presencia insisten en la relevancia de la política institucional y en la necesidad de que esos colectivos estén presentes sobre todo en las asambleas y gobiernos, pero también plantean la posibilidad de que la exigencia de su presencia se extienda a órganos. Este sería uno de los rasgos peculiares que separan esta postura de otro tipo de propuestas: no se trata de cambiar el modelo institucional para transformar las cosas, sino de penetrar en él. Nos encontramos, pues, con una reivindicación bastante pragmática que no exigiría el desarrollo previo de ningún modelo normativo de democracia, sino sólo algunos cambios concretos a corto plazo en la composición de las instituciones ya en funcionamiento.

Naturalmente, este tipo de planteamientos nos sitúa en la perspectiva proporcionada por la concepción descriptiva de la representación. Como señalaba Pitkin, la presuposición que subyace a esta concepción es que ofrecerá información sobre el punto de vista del representado, porque se entiende que las características de las personas son una indicación de las actividades que van a desarrollar. Una de las cuestiones clave será entonces precisar qué características son las que deben tenerse en cuenta para evaluar la existencia de esa correspondencia. No obstante, como ha destacado también esta autora, el problema añadido es que esa correspondencia no suele ser real y la mejor representación descriptiva no es necesariamente la mejor representación en cuanto a actividad.

Insistir exclusivamente en la dimensión descriptiva, por tanto, suscita objeciones importantes. Conscientes de ello, los defensores, marcando distancias con otros teóricos que abordan el tema desde una concepción más esencialista de las identidades que reivindican su reconocimiento, asumen un planteamiento muy práctico y limitado. No se trata de justificar que cada identidad diferenciada tenga necesariamente que estar presente en las instituciones políticas representando sus características particulares. Este enfoque utiliza un criterio negativo para representar argumentos a favor de esa presencia: el objetivo es acabar con la ilegitimidad, desvinculación y traición existentes, de años. La presencia de representantes que permanezcan realmente al pueblo o a los colectivos populares elegidos resultaría ser un criterio que complementaría al ya utilizado. Porque, como nos advierte Phillips, ningún sistema electoral es un mecanismo neutral y lo que está en juego en las exigencias de presencia igual y proporcional como miembros de determinado colectivo o portadores de determinada identidad no es la

representación de grupos en sentido estricto. De lo que se trata es de acabar con las exclusiones existentes y de ofrecer oportunidades para introducir nuevos temas en el debate político.

En México la construcción de la representación política, basada en la teoría clásica y por cierto tomada muy en serio a tal grado del extremismo radical (independencia entre el representante-representado y nula relación de ambos, aunque bien esta decirlo: México ya no sigue completamente los principios teóricos clásicos pues no solamente consigue el cargo el que haya acumulado la mayoría de votos en un distrito determinado, sino además aquellos de representación proporcional), convertidos en malignos personajes, desde luego contando con notables excepciones, nos ha mostrado el paradigma de que en el Estado liberal el Congreso se nutría de diputados que se consideraban representantes de la nación entera, encarnando la “voluntad general” y tomando sus decisiones con ilimitada libertad aparentemente, pero siempre subordinados a intereses y decisiones de su grupo, partido político, cúpula de poder y por qué no, personales. Aquellos representantes, nuestros representantes-legisladores, libres de toda disciplina (entendida como la relación, acercamiento, responsabilidad y obligación de enterar cuentas a sus electores) y consignas populares, podían formar la voluntad nacional sin estar sujetos a la condición de delegados, por así decirlo. En consecuencia, se suponía que a través de la capacidad de convicción y persuasión de la habilidad oratoria, en suma, deberían los legisladores o parlamentarios, mediante un libre intercambio de opiniones, producir el compromiso político que se expresaría en forma de mandato del legislador con carácter general y abstracto, en leyes de bienestar social general, en gestión para satisfacer las necesidades más urgentes de la población, haciendo posible cada día más que una construcción ideológica corresponda con la realidad.

La esencia clásica de la representación era buena: postular la presencia de diputados de carácter representativo originario que atendieran al “interés general” sin más condicionamiento que su personal prestigio y su propia “conciencia”, pero en nuestro caso poco funcional más aún a partir de 1977 en donde aparte de contraponerse al diputado elegido en las listas de un partido político, integrado en un organigrama reglamentado de un grupo parlamentario y comprometido imperativamente con el programa electoral (de partido político o cúpula de poder) sometido al voto de los ciudadanos, mejor dicho, sometido a la ratificación de los ciudadanos, se vició por completo la representación política mexicana. No dudo que el objetivo primordial fuera incluir minorías en la conformación de la representación política popular haciendo ser escuchadas y sopesadas sus opiniones en el

H. Congreso de la Unión, principalmente en la Cámara de Diputados, sin embargo no podemos negar el enorme vacío entre representantes y representados, aunado a la falta de prestigio y conciencia de los primeros y que los hizo convertirse en cínicos sacrificadores del pueblo mexicano.

En los últimos años, la exageración del partido político como instancia de intermediación puso al descubierto el mito del mandato representativo mutado en imperativo como consecuencia del ejercicio de la disciplina parlamentaria y las dificultades para que la Cámara ejercite la actividad de control. En consecuencia surge el sistema de producción de normas legales producto de la negociación y que pareciera en nuestros días indispensable o primordial para el tipo de legisladores que tenemos, una instancia de participación y entendimiento sucio (hasta cierto punto) muy por afuera de los muros del Congreso, y es aquí precisamente cuando se traiciona la voluntad general por determinados intereses personales. Por ello, uno de los graves problemas de la actual dinámica institucional consiste, entonces, en recuperar al Congreso como el recinto donde concurren los sujetos (representantes) para la composición no de sus intereses, sino de aquellos generales, viva expresión de sentimientos del pueblo en aras de bienestar socio-legal. Ante carencias más importantes, al legislador lo que menos le importa al momento legislativo es el rigor técnico, la depuración y mejoramiento del ordenamiento jurídico, en suma, lo que menos le interesa es hacer y cumplir con sus tareas como legislador y gestor social bien hechas, como las debe hacer, como el pueblo exige sean hechas. No, no se puede seguir permitiendo burla, pisoteo, insensatez, no podemos continuar indiferentes ante tal situación por ello, lo verdaderamente relevante para todos es la recuperación de la participación social, pueblerina (para referirme al pueblo), la materialización del pluralismo político, la legitimidad del producto resultante, el bienestar social y el progreso de nuestra Nación.

Por lo antes dicho, urge estructurar una nueva teoría de la representación política que permita no solamente corregir algunos tremendos vicios de la teoría clásica y agudizados en prácticas mexicanas, sino además, que ésta nueva teoría permita la inclusión de mecanismos sencillos, eficaces y verídicos de control, no con el ánimo de revivir el mandato imperativo pero sí con objeto de una mayor vinculación del binomio representante-representado; de mayor responsabilidad en el cumplimiento y ejercicio de funciones por pare de legisladores, anteponiendo intereses constitucionales que son al fin de todo los intereses del pueblo frente a los particulares, de grupo o cúpula de poder; en un eficaz quehacer legislativo y en el control de nuestros representantes.

Se dice que los partidos políticos son actualmente verdaderos motores de la vida política nacional (tengo mis dudas). En el terreno ideológico, son los partidos políticos quienes agrupan a los militantes atendiendo a las afinidades políticas; en el campo de la sociología electoral, ellos son también quienes tienen organización y recursos para afrontar con éxito una campaña electoral; por su parte, la legislación electoral es a ellos a quienes reconoce capacidad jurídica para presentar candidaturas, contribuir a la integración nacional y hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público, según lo señala el artículo 41, fracción primera de nuestra Constitución; en la vertiente institucional, el líder del partido es el candidato para formar gobierno y la mayoría parlamentaria que le inviste tiene como principal función sostener y apoyar al gobierno.

Puesto que los diputados son hoy menos representantes del pueblo y mandatarios de los partidos, grupos o cúpulas de poder, el problema se desplaza a que el partido interprete correctamente la voluntad de los ciudadanos y sus demandas sociales, para que a través de éste, quien tome cuerpo y gobierne sea verdaderamente el pueblo, pero para que el partido político interprete correctamente la voluntad de los ciudadanos y sus demandas sociales en México a no dudarle es prácticamente imposible.

El partido ha quebrado la relación representativa del liberalismo burgués: el resultado final de esta fractura es la relación partido-diputado, de una parte, y, de otra, la relación partido-elector. El diputado, por tanto, ha dejado completamente (refiriéndome a México) de responder ante el elector para hacerlo ante el partido, que es, a fin de cuentas, a quien debe su acta y su posible reelección (presidente municipal-diputado local, diputado local-diputado federal, diputado federal-senador, senador-diputado federal o local). Quizás la auténtica relación representativa ha quedado circunscrita hoy a la relación partido-elector. Por ello se puede decir que nos encontramos ante una escandalosa contraposición entre realidad política y realidad jurídica, y es imperativa la necesidad de iniciar, desarrollar y fortalecer una representación desde el origen como ha quedado señalada en punto anterior.

En tal estado de cosas, el problema consiste en adaptar aquella clásica conceptualización del representante a una teorización democrática de la representación política. Por cuanto el pueblo —como titular de la soberanía como excelentemente lo establece la Constitución en su artículo 39— es real en su existencia y plural en su conformación, resulta necesario dotar de contenido democrático, responsable, gestor social y de estrecha relación con el pueblo a la relación representativa y encontrar los mecanismos jurídicos que garanticen su existencia. Ello nos llevaría a postular de manera inequí-

voca, la implantación de ciertos límites a la libertad exagerada del representante para mantener la congruencia de que, lejos de representar al todo, el grupo de diputados de un partido concreto representan a sus electores indiscutiblemente, en otras palabras, se quiera o no, opción cuya dificultad estriba en que debemos diseñar una nueva teoría, como ya se mencionó, de la representación política diseñándose sin violentar el texto constitucional pero teniendo como pilar fundamental el artículo 39 de la propia Constitución mexicana.

Por último, supuesto como válida la hipótesis de que cada representante o grupo de ellos, lo es de sus electores, congruente resulta que aquél actúe la voluntad de éstos, aunque la decisión final del órgano sea la resultante de la aplicación del principio de la mayoría.

Los retos inmediatos de la nueva representación política en México.

Dicho lo anterior, necesario es pensar en acciones reales, sencillas y eficaces que nos lleven a una adaptación mejor de la actual realidad con la teoría de la presentación política mexicana, la cual se ve inducida por los derechos humanos y tratados internacionales. Las acciones primordiales deben ser:

Primero.- Una nueva teoría de la representación política con mecanismos de control que sea ingresada al texto constitucional mexicano, que además permita, adaptarnos a las nuevas tendencias internacionales en materia de derechos humanos específicamente los derechos políticos de los presos, que sin duda, en México plantean ya gran debate, debiendo establecer condiciones, ésta nueva teoría, para que la sociedad asimile y adopte las tendencias internacionales bajo las cuales debe hoy vivir.

Con éste propósito, la expresión base debe ser en esta nueva redefinición “actuar por otro, de acuerdo con sus deseos, anhelos y necesidades generales de acuerdo a la axiología, teleología y principios generales del Derecho” y no como, los distintos autores y actores políticos han utilizado el término actuar “en nombre” de otros, actuar “en su lugar”, o “en lugar de” o “en vez de”, “ocupando su lugar”, actuar “en su nombre”, “con su autoridad”, “en su interés”, que sólo ha denotado intereses particulares, de cúpulas de poder, grupos, fracciones o de simples ideas perversas durante muchos años hasta la actualidad.

Cuando actuamos por alguien no podemos obrar movidos por un impulso; no podemos arriesgar lo que otros ponen en juego “sólo porque nos apetezca”. Se espera de nosotros que actuemos como si eventualmente tu-

viéramos que dar cuenta de nuestras acciones. Así, hemos de armarnos de razones para hacer lo que hacemos, y estar dispuestos a justificar nuestras acciones ante aquellos por los que actuamos, a pesar incluso de que esta rendición de cuentas o esta justificación nunca ocurran realmente. Esto es a juicio particular, responsabilidad formalista institucional o institucionalizada: una diferente teoría de la representación política

Segundo.- Que la nueva teoría de la presentación política tenga mecanismos de control como: Plan personal de trabajo legislativo, La pérdida del estatus parlamentario y la disminución efectiva salarial, La revocación del mandato representativo, y La reelección inmediata electoral formal no la reelección que se lleva a cabo dentro de la dinámica de la organización política.

De esta forma tendremos confianza y seguridad en que, los legisladores, desde el inicio de los periodos camarales, sea como Parlamento o como Órgano de Poder Estatal, dictará la leyes más justas, razonadas, progresistas, protectoras y benéficas para los individuos en comunidad, de igual forma, todo su actuar será realmente pensando en el bienestar y progreso del pueblo mexicano.

Tercero. Disminución de la representación proporcional.

Cuarto. Reforma constitucional a los artículos 51, 52, 53 párrafo II, 54, 56 y 59 de la Constitución política mexicana, especialmente el artículo 51 para quedar como sigue:

Artículo 51.- La Cámara de Diputados se compondrá de representantes del pueblo mexicano que a la vez lo son de la Nación, electos en su totalidad cada tres años. Por cada diputado propietario, se elegirá un suplente.

VI. CONSIDERACION FINAL

Vivimos como testigos callados en una serie de cambios en el rumbo de la historia de notable envergadura. Consecuencia de la revolución tecnológica y de la mundialización de la economía, a un proceso de cosmopolitización inevitable de la vida política, cultural y social. Estas transformaciones, queramos o no, en la época de las autopistas de la comunicación, nos vemos forzados a convertirnos en ciudadanos de mundo. Leemos los mismos libros, gozamos de iguales espectáculos, participamos y sufrimos en idénticos acontecimientos. Los avatares económicos y financieros de Tokio repercuten inmediatamente en la Bolsa de América y Europa, y los conflictos bélicos de los Balcanes o de los países asiáticos se proyectan en Nueva York con similar intensidad que en Bonn, París o Londres.

Es preciso considerar la nueva teoría de la representación política, aquí expuesta, incluyente de las dimensiones representativas, que permite la existencia del binomio representante-representado, en un marco de gestión social y materialización de intereses general-nacionales, pero entendiendo como nación no la ficción jurídica sino el origen remoto de la ficción jurídica, o sea, el pueblo, quien es, a la fecha, receptor directo de consecuencias más negativas que positivas del actuar equívoco de los representantes, con mecanismos de control ya mencionados.

No es mi deseo, por supuesto, incurrir en esta exposición en la pretensión banal de ofrecer diagnósticos definitivos y soluciones de urgencia a una problemática de abigarrada complejidad. En el vasto campo de las ciencias sociales se genera con frecuencia el singular fenómeno de la simplificación arbitraria de lo complejo, para proceder luego, desde esa simplificación, que no pasa de ser una forma más de falsificar y enmascarar la realidad, a ofrecer remedios y soluciones falaces a los males que nos afligen. Por todas partes surgen periodistas, analistas y comentaristas políticos con vocación de redentores que, por ignorar la magnitud y el alcance de muchas de las cuestiones y problemas que discuten, encuentran infantil y fácilmente recetas milagrosas y fórmulas salvadoras.

Precisamente porque de lo que se trata no es de simplificar lo complejo ni de complicar arbitrariamente lo simple, nos limitamos a clarificar en la medida de lo posible la incidencia que el abigarrado conjunto de transformaciones históricas a las que estamos asistiendo, determina en los clásicos conceptos de representación y legitimidad democrática. Lo que dicho en otros términos equivale a indicar que nuestra pretensión se reduce a clarificar, con el rigor que mis conocimientos me permitieron, las causas, el sentido y el alcance de la crisis en el presente de las ideas de representación, cuya urgencia inmediata es, como ya se mencionó, una diferente teoría de la representación política con mecanismos de control.

Contribuciones al derecho constitucional, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 16 de octubre de 2015 en Tipos Futura, S. A. de C. V., Francisco González Bocanegra 47-B, colonia Peralvillo, delegación Cuauhtémoc, 06220 México, D. F., tel. 5529 0514. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm. de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 40 ejemplares (impresión digital).