

215. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

La controversia constitucional puede entenderse como un mecanismo de control constitucional, a través del cual se protege de manera directa al texto fundamental en su apartado orgánico y las competencias asignadas a los órganos del Estado. Asimismo, puede entenderse como el proceso mediante el cual se plantea un juicio con todas sus características: acción planteada en forma de demanda, una contestación, una etapa probatoria y una sentencia, cuyos efectos pueden ser *inter partes* o *erga omnes* y cuya finalidad es resolver un conflicto competencial entre los órganos del Estado y diversos órdenes jurídicos.

La controversia constitucional es un juicio de única instancia que en México se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dicho conflicto puede ser producido por una norma general o un acto, mismo que genera una violación directa a la Constitución y a los principios del federalismo y división de poderes, necesarios para la existencia del Estado de derecho, en donde la distribución de competencias resulta indispensable para la realización de las funciones y distribución equitativa del poder.

El juicio de controversia constitucional funge como un mecanismo de control abstracto y concreto, en virtud de que, por un lado, permite que un ór-

gano de naturaleza judicial y jurisdiccional se pronuncie cuando algún órgano en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales usurpe competencias de otro órgano, reconocidas en la carta magna y por lo tanto genere un daño; y por el otro, permite una revisión judicial de las normas que conforme a la Constitución presenten incompatibilidad, esto es, la violación se genera por la norma inconstitucional o en su caso por un acto; en ambos casos su confrontación será sujeta al texto fundamental. Este proceso tiene por objetivo dirimir los conflictos de competencias ante una instancia imparcial, objetiva e independiente, con lo cual se protege a la Constitución y se fortalece el equilibrio de los poderes, por lo que válidamente se encuadra dentro de la denominada justicia constitucional, pues permite que de una confrontación por vía procesal se estime su constitucionalidad y en su caso puedan suspenderse o invalidarse.

El primer antecedente de la figura en México se contempló en el art. 137, frac. I, de la Constitución Federal de 1824, que indicaba que la Suprema Corte podría conocer de las diferencias que pudiere haber de uno a otro estado de la Federación, siempre que se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en el cual debía recaer formal sentencia, y de las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes utilizaran su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

El segundo antecedente corresponde al art. 112, frac. IV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, que señalaba que se consideraban atribuciones de la Corte de Justicia el conocer, de la misma manera, de las demandas judiciales que un departamento intentare contra otro, o los particulares contra un departamento cuando se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso.

Las Leyes Constitucionales de 1836 también hacían referencia al tema, pues ya incluían un sistema de control de constitucionalidad que permitía declarar la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, siempre que existiera alguna invasión en las competencias. Asimismo, el voto particular de Mariano Otero y el Acta de Reformas de 1847 indicaban que existía la necesidad de conservar el régimen federal mediante la limitación de las esferas estatales consideradas en el texto fundamental, por lo que estimó indispensable dar al Congreso de la Unión el derecho de declarar nulas las leyes de los estados que implicaran una violación al pacto federal, o fueran contrarias a las leyes generales, porque de otra manera el poder de un estado sería superior al de la Unión, y el de este se convertirá en irrisión.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana también incluía a las controversias constitucionales, ya que facultó al máximo tribunal para conocer de las diferencias que pudiera haber de uno a otro estado de la nación, siempre que estas se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en que debiera recaer formal sentencia, y las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, es decir, en donde se entablara un verdadero proceso, o entre particulares sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

Por lo que respecta al art. 98 de la Constitución de 1857, aprobado el 28 de octubre de 1856, disponía este que correspondía a la Suprema Corte de

Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se suscitaran de un estado con otro, y de aquellos en los que la Unión fuere parte.

En el proyecto de Carranza se indicó que correspondía solo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellos en que la Federación fuera parte, de tal manera que el texto no tuvo mayores modificaciones; asimismo, no se reglamentó el proceso que sustanciaba el juicio, lo que motivó que la Corte aplicara el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Coordinación Fiscal de 1978 y la Ley de Planeación de 1983, que facultaban al tribunal para conocer de conflictos suscitados por la aplicación de dichas leyes.

El art. 105, que recogió la garantía constitucional, tuvo diversas modificaciones: la primera el 25 de octubre de 1967, señalando que solo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le competía conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que estableciera la propia ley.

El 25 de octubre de 1993 se reformó dicho artículo para afirmar que solo competía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran entre dos o más estados; entre uno o más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que establezca la Ley.

La modificación trascendental para este tipo de procesos orgánicos se da en 1994; en virtud de ello, el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa con el objetivo de reformar diversos artículos de la Constitución y convertirse en una reforma transversal del Poder Judicial federal. La reforma del art. 105 constitucional permitía ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se suscitaran entre la Federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal. Del mismo modo, ampliaba la legitimación para promover las controversias constitucionales.

Desde su instauración en el texto constitucional de 1824, y en ausencia de una norma reglamentaria específica, el ejercicio de dicha garantía quedó supeditado a su reglamentación, misma que aconteció en 1995, con lo cual, los conflictos que tradicionalmente se resolvían por la vía política se plantean hoy a través de un verdadero proceso judicial. Las sentencias emitidas en una controversia constitucional pueden dar lugar a dos posibilidades: por un lado, si estas versan sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por los estados o en tratándose del Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, de aquel y cualquiera de sus cámaras, o en su caso la Comisión permanente, ya sea como órgano federal o del Distrito Federal; asimismo, de dos poderes de un mismo estado, de dos órganos de gobierno del Distrito Fe-

deral, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y si la resolución de la Suprema Corte las declara inválidas, dicha declaración tendrá efectos generales siempre que haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos; en los demás casos los efectos solo surtirán para las partes.

El trámite de las controversias constitucionales se rige por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política, y supletoriamente por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Fabiola Martínez Ramírez

216. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS)

Dado que en la controversia constitucional (CC) es posible impugnar actos y normas generales, los efectos posibles de las determinaciones de invalidez variarán según el objeto impugnado.

En todos los casos, como requisito intrínseco de la sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) deberá establecer los efectos y alcances de la misma, fijando con precisión los órganos obligados a cumplirla.

Actos como objeto impugnado. Cuando se determine la invalidez de un acto, se requiere solamente de una mayoría simple. Eso es, se requieren tres votos (si la controversia se radicó en Sala) o seis votos (si la controversia se radicó en Pleno).

Al analizar actos, la SCJN ha determinado en casos excepcionales (CC 10/2005) que si la suspensión detuvo la generación de efectos del acto concreto, puede determinarse que la sentencia de fondo tiene una retroactividad material, es decir, si la suspensión mantuvo las cosas en el estado en que se encontraban previo a la violación, puede considerarse que la situación jurídica no tuvo modificativo con la sentencia que reconoció la legalidad del estado de cosas previo (Jurisprudencia P./J. 71/2006, “Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda”). Se han establecido también efectos positivos (reinstalación municipal en la CC 32/1997) e, inclusive, al analizar omisiones legislativas, se ha ordenado emitir legislación con ciertos estándares y dentro de un plazo determinado (CC 61/2010).

Normas como objeto impugnado. En el caso de conflictos *sub specie legis*, los efectos varían según la votación concreta, así como los órganos u órdenes jurídicos parte en la controversia (véase las jurisprudencias P./J. 9/99, “Controversias constitucionales. Los efectos generales de la declaración de invalidez de normas generales, dependen de la categoría de las partes actora y demandada” y P./J. 76/2006, “Controversia constitucional. Efectos de la sentencia dictada en esta vía cuando la federación haya impugnado una norma general del distrito federal”).

El artículo 105 constitucional establece un sistema absolutamente asimétrico respecto a los efectos de las impugnaciones. En ese sentido, si un nivel competencial superior impugna normas de un nivel competencial inferior, los efectos pueden ser generales si se presenta una mayoría de ocho votos (es decir, la federación impugna una norma de un estado o un estado de un municipio). El mismo efecto ocurre en los incisos c) y h) de la fracción I del artículo 105 constitucional, es decir, impugnaciones entre la tríada de poderes de la Federación o de los estados.

En los casos restantes, la mayoría requerida de ocho votos no se modifica, pero la resolución solo tendrá efectos entre las partes, es decir, subsistirá la norma inconstitucional a pesar de haber sido votada por la mayoría calificada respectiva (y no subsistiría si la misma norma hubiera sido analizada en la condición asimétrica relatada anteriormente. Por ello, a pesar de que la conocida controversia constitucional *Cherán* (32/2012) determinó la invalidez de una reforma constitucional estatal por falta de consulta previa a un municipio de población mayoritariamente indígena, los efectos únicamente se dieron entre las partes y no fueron generales.

Se ha empleado la terminología “invalidez absoluta” e “invalidez parcial” para distinguir ambas posibilidades. En todos los casos anteriores, cualquier votación menor a ocho votos (así sea mayoría) trae la desestimación del concepto de invalidez, es decir, una mayoría de seis sobre cinco o una clara mayoría de siete sobre cuatro a favor de la inconstitucionalidad traen como consecuencia que se desestime el planteamiento.

Efectos retroactivos. El propio artículo 105 constitucional establece la imposibilidad de otorgar efectos retroactivos a las sentencias de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, expresamente se exceptúa de lo anterior la materia penal, en la cual es posible establecer efectos retroactivos.

Extensión de efectos. La institución de la extensión de efectos no está contemplada en artículo 105 constitucional, pero ha sido desarrollada por la ley reglamentaria. Así, el artículo 41, párrafo IV constitucional dispone que los efectos “deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”. Lo anterior es la consecuencia lógica del principio kelseniano de validez, es decir, si se invalida una ley, naturalmente su reglamento resulta inválido al tener sustento normativo en este (piénsese en la jerarquía normativa piramidal).

Una cuestión que surge como duda es la naturaleza de la expresión “cuya validez dependa”. ¿Qué significa esto? ¿Debe entenderse como una simple relación o jerarquía normativa? Por el fraseo del artículo y la interpretación de la propia extensión de efectos, ello debería implicar jerarquía normativa.

Debe, sin embargo, mencionarse el precedente aislado de la acción de inconstitucionalidad 79/2015 (a pesar de ser acción, se menciona porque los efectos entre ambos procesos son compartidos y por lo relevante del precedente). En dicha acción, se impugnaba un precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de un estado que reiteraba contenido normativo de la Constitución local. Así, la SCJN invalidó la norma contenida en la Constitución del estado por extensión de efectos, es decir, extendió efectos de una norma inferior (Ley Orgánica del Poder Judicial) a una norma jerárquicamente superior (Constitución local). Para ello, se refirió: “Sin que sea óbice que la norma cuya invalidez se declara por extensión pertenezca a la Constitución Política del Estado, toda vez que la finalidad de la invalidación indirecta es hacer coherentes las disposiciones del orden jurídico estatal, con el propósito de generar seguridad jurídica; de lo contrario, subsistirían en el sistema normativo disposiciones contrarias a la Constitución Federal, cuya aplicación tornaría ineficaz la invalidez decretada por el Tribunal Pleno”.

Naturalmente, la “extensión” de efectos es problemática en el caso reseñado, pues la Constitución local no depende de su validez de la Ley Orgánica

del Poder Judicial local (que sí depende para su validez de aquella). El ministro Pardo Rebolledo emitió un voto particular en el cual criticó fuertemente la extensión de efectos, dado que “se invalidaron por extensión normas de grado superior; pues las normas constitucionales son en sí la base de la que se declaró inconstitucional”. Además, acertadamente refirió que “Así, no se puede sostener que la validez de la norma de la Constitución del Estado de Veracruz, depende de la validez de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, pues como se ha señalado, la Constitución local es de grado superior y base de la secundaria”.

Mauro Arturo Rivera León

217. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (ALEGATOS)

Como en la generalidad de los procesos, los alegatos en las controversias constitucionales (en lo sucesivo “CC”) son la penúltima fase del proceso judicial. La fase de alegatos, según la materia del proceso de que se trate, podrá ser un periodo determinado (días u horas) o concretarse en un solo acto y/o audiencia en la que estén presentes las partes y el juzgador. Los procesos en general inician con una (i) primera parte expositiva, postulartoria o polémica entre las partes (demanda y contestación); luego, (ii) una segunda fase probatoria o demostrativa (admisión y desahogo de pruebas); seguida por (iii) una tercera fase de alegatos, y (iv) culminan con una fase resolutive, consistente en el dictado de la sentencia (Fix-Zamudio y Ovalle Favela, 1991).

Siguiendo a dichos procesalistas, los alegatos son la exposición oral y/o escrita de los argumentos de las partes sobre sus respectivas pretensiones y excepciones, y que resulan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo de las mismas. Se presentan en ese estadio del juicio, pues, a diferencia de lo que se expone en los escritos inicial (demanda y contestación de demanda), en los alegatos —es su teleología—, las partes pueden hacer referencia a todo lo ventilado y desahogado en el juicio, de modo que redondeen su posición y den así al juzgador mayores y últimos insumos argumentales a considerar (Ovalle Favela, 2003). Se diferencian de la primera etapa (expositiva), en que ya no se trata de expresar la pretensión, los hechos o el derecho base de la acción; eso ya quedaría fijado y establecido desde ese momento; de modo que no son ocasión en la que valga ampliar las pretensiones o hacer valer excepciones que en su momento no se hicieron, menos aún ofrecer mayores pruebas. Debe ser, se insiste, ocasión de redondear las posiciones y conclusiones a las que arriban las partes una vez que se ha desahogado el proceso y previo a la última ponderación que hará el juzgador para dictar sentencia.

Conforme a la jurisprudencia, los alegatos son un acto o fase dentro del proceso judicial que materializa el derecho fundamental o garantía de audiencia que tienen las partes de ser oídos antes de que se dicte la correspondiente sentencia en el juicio y son parte elemental también del derecho al debido proceso (Tesis: P./J. 47/95, identificable con número de registro 200234 y rubro: “Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo”).

En el caso de la CC, la estructura de su proceso no presenta variación importante de la estructura general antes presentada que valga la pena destacar o diferenciar para estos efectos, de ahí que lo postulado por la teoría general del proceso para tal fase o acto procesal resulte aplicable. Lo que sí podría es-

pecificarse es que en este tipo de juicios los alegatos deben ser presentados en cierto momento y forma; a saber: (i) por escrito y (ii) en la audiencia del juicio, que se celebra hacia el final de su instrucción (art. 34 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional), cual si fueran a su vez una fase o parte de la misma.

La práctica permite advertir que, como sucede también en otras materias, los alegatos en CC se han convertido en un acto procesal de poca trascendencia o relevancia en el juicio mismo. Esto se dice por varias razones. Primero, porque generalmente se trata de un escrito en el que se reitera o insiste en lo dicho en la demanda o contestación de demanda, más que avanzar argumentos en torno a lo que se desahogó durante el proceso. Segundo, por lo mismo, más que fomentarse un diálogo entre las partes y/o entre las partes y su juez, se materializa en la mera entrega de un escrito a un funcionario judicial que no será quien decida su caso, lo que sucede en mucho debido a la forma y momento en que se pide que se ofrezcan (aun cuando la legislación refiere que los alegatos sean entregados en la audiencia, estas, por razones obvias, generalmente son llevadas a cabo sin la presencia física del ministro instructor). Tercero, porque hay criterio en el sentido de que la litis del juicio se fija con la demanda y su contestación, que no pueden ni deben tomarse en consideración al resolver lo dicho en los alegatos, salvo en lo que se refieran a la “mejor prueba” (tesis: P./J. 39/96, localizable con número de registro 200106, cuya literalidad es: “Controversias constitucionales. Los alegatos en estas no forman parte de la litis. Los argumentos que, a título de alegatos, esgriman las partes en las controversias constitucionales no son constitutivos de la litis planteada, dado que esta se cierra con la demanda y su correspondiente contestación, salvo el caso en que la primera se amplíe, supuesto en el cual la respuesta respectiva operará en igual sentido, sobre todo cuando no se refieran a la mejor prueba. En otras palabras, no cabe en las controversias constitucionales examinar las cuestiones de alegatos que sean ajenas a la mejor prueba, y esto no implica transgresión a ningún derecho procesal”), lo que ha llevado a que, siendo pocas las ocasiones en que hay un auténtico debate probatorio o problemas de hechos, puedan resultar prácticamente prescindibles. Ciertamente, los alegatos no forman parte de la litis, pues esta queda integrada desde la fase inicial del proceso; pero de ahí a que no deba ser considerado lo que se exprese en dichos escritos hay un largo trecho aún no zanjado jurisprudencialmente. Todo esto merma mucho la potencial valía jurídica que podrían representar los alegatos para la mejor resolución de estos juicios. La revisión de las sentencias dictadas en este tipo de juicios permite advertir que es prácticamente nula la referencia que se hace en estas a lo dicho en los escritos de alegatos de las partes, con todo y que los arts. 39 y 40 de la Ley Reglamentaria obligan a suplir la deficiencia de “... la demanda, contestación, *alegatos* o *agravios*...”.

Aunado a lo antes dicho, puede señalarse que en la práctica se ha venido generando una especie de fase de alegatos informal o extraprocesal en CC. Esta práctica consiste en que las partes del juicio (e incluso a veces quienes no son en términos estrictamente técnicos “partes” del juicio) acuden personalmente a procurar a los ministros, tanto al instructor como a los demás integrantes de la SCJN, para solicitarles audiencia en la que puedan formular los llamados “alegatos de oreja”. Estos son simplemente argumentos o alegatos

verbales que se hacen en reuniones prácticamente privadas, en tanto son a modo de citas o entrevistas entre el ministro de que se trate y la parte solicitante. Es práctica, también frecuente, que las partes dejen en tales oficinas sus argumentos o un resumen de los mismos en documentos escritos que se refieren como “memorándums”. Estos documentos escritos no se integran a los expedientes en tanto comunicación informal con el tribunal y sus miembros. Es importante mencionar estas prácticas aquí, porque, en cierto sentido y amén de su informalidad o imprevisión legal, vienen a cumplir (extraprocesalmente) con la función que (procesalmente) tendrían que cumplir los alegatos que deben rendirse ante la audiencia y el ministro instructor. A diferencia de los alegatos formales, que se deben presentar antes del cierre de instrucción, estos alegatos extraprocesales se presentan más frecuentemente en el periodo que transcurre entre el cierre de la instrucción y la resolución final del juicio; aun cuando en ocasiones también se presentan durante la instrucción del juicio.

María Amparo Hernández Chong Cuy

218. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO)

Las causales de improcedencia son aquellas razones que impiden a un tribunal pronunciar una resolución de fondo en un asunto, por existir un impedimento técnico insalvable para ello. Por su parte, las causales de sobreseimiento (con estrecha relación a las causales de improcedencia) son aquellas razones por las cuales un tribunal no puede continuar el trámite, substanciación o resolución de un asunto, por emerger una razón técnica impeditiva para ello.

El propio artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la expresión “motivo manifiesto e indudable de improcedencia”. Es decir, la improcedencia debe causar certeza y plena convicción de que, aun cuando se admitiera la demanda, no sería factible obtener una convicción diversa. La simple sospecha de improcedencia, así, no justifica el desecamiento de plano, independientemente de que la sentencia resultante aprecie la improcedencia. En ese sentido, no puede realizarse un complejo estudio para inadmitir la demanda, pues un análisis minucioso (incluso de su improcedencia) estaría reservado para la sentencia definitiva y no para el auto que la admite.

Momentos en que se aprecia la improcedencia. Dada la naturaleza uninstantial de la controversia constitucional (CC), la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) debe llevar su trámite. Por ello, la propia ley reglamentaria dispone el nombramiento de un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución (art. 24). De acuerdo con la ley reglamentaria, el ministro instructor es el encargado de analizar integralmente la demanda y admitirla (total o parcialmente) o, en su caso, desecharla.

En ese sentido, el ministro instructor es quien aprecia, de primera mano, las causales de improcedencia. Contra su determinación (admisión o inadmisión) procede el recurso de reclamación en términos del artículo 51, fracción IV, de la ley reglamentaria. Una vez que el ministro instructor ha admitido, no puede *motu proprio* realizar una nueva apreciación sobre la improcedencia (véase la tesis de la Primera Sala 1a. XCVIII/2008, de rubro “Controversia constitucional. Cuando el ministro instructor admite la demanda ya no puede, durante el desarrollo del proceso, hacer determinación alguna sobre su

improcedencia”). Ahora bien, la Sala o el Pleno, según sea el caso, pueden realizar una nueva apreciación sobre la procedencia o improcedencia en la sentencia dictada. Es decir, la determinación del ministro instructor no es firme y la última apreciación corresponde al órgano que resuelve. Aunado a ello, debe recordarse que el análisis de las causales de improcedencia es oficioso, esto es, aun si no se alegare una causa de improcedencia, tanto el ministro instructor como el órgano que resuelve (sea Pleno o Sala) pueden apreciar la actualización de una causal.

La consagración expresa de causales de improcedencia es poco usual en el derecho comparado (más aún en un catálogo tan extenso), al menos en el europeo, con lo cual se ve en la CC una influencia de la ley de amparo y el proceso genérico de amparo mexicano.

Consagración de causas de improcedencia. En las controversias constitucionales, las causas de improcedencia tienen dos fuentes: pueden estar contenidas en la Constitución o pueden ser, como usualmente acontece, de configuración legal. Así, el propio artículo 105 constitucional dispone la imposibilidad jurídica de conocer en vía de CC de cuestiones relativas a la materia electoral (causal que se reitera en la fracción II del art. 19 de la ley reglamentaria). Sin embargo, la mayor parte de las causales de improcedencia están establecidas directamente en la ley, en concreto, en el citado artículo 19. Estudiaremos dichas causales de forma pormenorizada.

Fracción I (contra decisiones de la SCJN). Esta causal de improcedencia evita el cuestionamiento de actos del máximo órgano de control constitucional del país que, por otro lado, tampoco puede ser parte en la controversia constitucional (requisito indispensable para que pudiera controvertirse un acto suyo), en tanto no se menciona en el listado de la fracción I del artículo 105 constitucional.

Fracción II (materia electoral). Como se ha mencionado, actos en materia electoral no pueden ser impugnados en CC. El verdadero cuestionamiento que surge aquí es: ¿qué debe entenderse por materia electoral? La SCJN ha entendido que la materia electoral comprende “[...] todos aquellos aspectos vinculados directa o indirectamente con los procesos electorales o que influyan en ellos” (P./J. 49/2005), como la designación o creación de órganos administrativos para fines electorales (RR 2014-PL), entre otras. De esta suerte, en la CC 15/2003 se afirmó que un decreto de un Congreso local que crea un municipio no tenía carácter electoral, a pesar de prever en un artículo transitorio la celebración de elecciones del recientemente creado ayuntamiento. Así, se mencionó que no nos encontrábamos en materia electoral, puesto que el decreto no instituía “[...] principios rectores para la elección de un Ayuntamiento, ni cuestiones organizativas, administrativas o de otra índole relacionadas con las funciones de las autoridades electorales o la creación de órganos administrativos para fines del sufragio, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos políticos, límites a las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos, faltas administrativas y sus sanciones, distritación o redistribución [...]” (P./J. 105/2004).

Desde la CC 114/2006 se ha establecido que para cerciorarnos de que no existe un impedimento material (materia electoral) para conocer de la controversia constitucional deben realizarse los siguientes análisis: 1) cercio-

rarse de que la impugnación no recaiga sobre leyes generales en materia electoral; 2) comprobarse que no se combaten actos y resoluciones cuyo conocimiento exclusivo es de autoridades de justicia electoral, y 3) satisfacerse el resto de condiciones previstas por la Constitución y la ley —en otras palabras, analizar que el conflicto esté previsto en el artículo 105 constitucional— (CC 114/2006, P./J. 125/2007). Por tanto, no todo tema conectado con la materia electoral recae en la exclusión material. Por ejemplo, a pesar de su conexión, no recae en la materia electoral la asignación presupuestaria a órganos electorales (RR 74/2005-PL y tesis 1a. LII/2005), siempre que no se contenga en una norma electoral *per se* (CC 97/2008 y 1a. C/2010), o la designación de autoridades interinas por parte de congresos locales (CC 114/2006).

Fraciones III y IV (litispendencia y res judicata). La CC es improcedente contra actos materia de controversia distinta que aún se encuentre pendiente de resolución. Esta causal obedece a la natural preservación de congruencia en las sentencias y al hecho de que el ejercicio del derecho de acción agota la capacidad impugnatoria de cuestionar el mismo acto o norma por una segunda ocasión si hay identidad de presupuestos.

Por otro lado, la improcedencia de la fracción IV obedece al principio de cosa juzgada, es decir, la firmeza incuestionable que adquiere una determinación jurisdiccional última (véase la jurisprudencia P./J. 137/2000, de rubro “Controversia constitucional en contra de una resolución dictada en acatamiento de una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Son inoperantes los conceptos de invalidez que versen sobre el exceso o defecto en el cumplimiento de la ejecutoria o sobre cuestiones que constituyan cosa juzgada”).

Fración V (cesación de efectos). Esta fracción dispone la improcedencia de la CC por cesación de efectos del acto o norma general objeto de la controversia. Esta causal sobreviene con frecuencia durante la tramitación de controversias, mientras que si la norma impugnada se modifica (o simplemente se deroga) y no se tramita ampliación de la demanda, estamos ante la cesación de efectos de la norma misma (véase la jurisprudencia P./J. 18/2013, de rubro “Controversia constitucional. Si con motivo de un nuevo acto legislativo se modifica o deroga la norma impugnada y la nueva no se combate mediante un escrito de ampliación de demanda, debe sobreseerse en el juicio por cesación de efectos”).

De hecho, el Pleno de la SCJN ha llegado incluso a diferenciar la operación de la causal de cesación de efectos en amparo y en CC, dada su similitud. Dicha diferencia radica en que, en CC, basta que dejen de producirse los efectos de la norma (de hecho, esta causal de improcedencia es aplicada con frecuencia en acciones de inconstitucionalidad. Véase la jurisprudencia de pleno P./J. 47/99, de rubro “Acción de inconstitucionalidad. Si durante el procedimiento es abrogada la norma general impugnada, debe estimarse que ha cesado en sus efectos, por lo que procede sobreseer en el juicio”) o el acto, dado que la declaración de invalidez no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, mientras que, en amparo, debería restituirse al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado (Jurisprudencia P./J. 54/2001, de rubro “Cesación de efectos en materias de amparo y de controversia constitucional. Sus diferencias”).

Esta causal también tiene una actualización curiosa cuando en CC se resguarda la integración orgánica. Así, si un ayuntamiento impugnó actos que vulneran su correcta integración, debe considerarse que cesan los efectos del acto si sus integrantes concluyen el periodo para el que fueron electos (véase la tesis de Segunda Sala 2a. CXLV/2003, de rubro “Controversia constitucional. Cuando un ayuntamiento reclama actos que pretendan vulnerar su integración, y durante el trámite del juicio concluye su periodo de gobierno, debe de sobreseer por cesación de efectos”).

Fracción VI (falta de agotamiento de la vía prevista para solución del conflicto). Esta causal de improcedencia probablemente sea una de las que menos aplicación ha tenido, al menos en el estricto entendimiento. ¿Qué vía previa podría existir para la solución de un conflicto ventilado en CC, como procedimiento uninstitucional?

En ese sentido, otros procesos de control constitucional como el amparo, la acción de inconstitucionalidad o los mecanismos de tutela judicial no podrían constituir vía previa. Entiéndase así, que el amparo está restringido a autoridades en su faceta de defensa orgánica de competencias (algo que quedó asentado con gran fuerza en el amparo en revisión 4521/90); la acción de inconstitucionalidad es un proceso autónomo con finalidades diferentes y, finalmente, la CC es inclusive improcedente en materia electoral como se ha sostenido.

Sin embargo, ¿pueden constituir vía previa los mecanismos de control constitucional local que prevén las entidades federativas a efectos de la actualización de esta causal? Es decir, ¿podría argumentarse que es necesario agotar la CC local (si la entidad lo prevé) antes de acudir a la CC federal, al ser una “vía previa”? Este argumento ha sido desestimado por la SCJN cuando se ha planteado. Así, ha sostenido que no debe agotarse vía previa (aun aquella prevista en una entidad federativa) si en la demanda se plantean violaciones a la Constitución federal (Jurisprudencia P./J. 116/2005, de rubro “Controversia constitucional. Si en la demanda se plantean violaciones directas a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, no es necesario agotar la vía prevista en la Constitución Política del estado (estado de Veracruz-Llave)”). Por el contrario, se ha sostenido que si la totalidad de los conceptos de invalidez se hicieran depender de vulneraciones de la normativa local, tendría que agotarse la vía previa (Jurisprudencia P./J. 136/2001, de rubro “Controversia constitucional. La vía prevista en la legislación local solo debe agotarse para su procedencia cuando en los conceptos de invalidez no se planteen violaciones directas e inmediatas a la Constitución federal, sino que su transgresión se haga derivar de la vulneración a normas locales”). Esto, sin embargo, es poco común, pues el nivel de detalle de los preceptos constitucionales hace posible reconducir, en la mayoría de los casos, toda vulneración competencial a una vulneración a la Constitución federal. Incluso así, el hecho de que las resoluciones de la jurisdicción constitucional local sean revisables en sede federal y la falta de una articulación de controles constitucionales, fomentan a los actores a plantear la controversia directamente ante la Suprema Corte planteando vulneraciones a la Constitución federal (Rivera León, en Andrews *et al.* (coords.), pp. 221 y ss.).

Fracción VII (extemporaneidad de la demanda). Consagra una causal de improcedencia que, en estricto sentido, era innecesario establecer, pues la constata-

ción de la oportunidad es un presupuesto de estudio oficioso para el Tribunal. Se remite al comentario respectivo sobre plazos en esta obra.

Fracción VIII (causal residual). La CC es improcedente cuando dicha improcedencia deriva de alguna disposición de la ley. Esta causal residual implica dejar abierta la puerta para que, potencialmente, pueda determinarse la improcedencia por razones que no han sido consagradas específicamente como causales, pero sí se encuentran establecidas expresamente en la ley. A través de esta causal, por ejemplo, se ha establecido que la falta de legitimación es causal de improcedencia (encuadrándola en la frac. VIII del art. 19, en relación con el art. 11 —que establece los medios para acreditar la representación y capacidad de los promoventes—). Así lo estableció la Primera Sala en la tesis 1a. XIX/97, de rubro “Controversias constitucionales. La falta de legitimación de la parte actora constituye causa de improcedencia”.

Causas de sobreseimiento. El sobreseimiento procede también en casos tasados por ley. De tal suerte, el artículo 20 de la ley reglamentaria establece las causales de sobreseimiento respectivas.

Fracción I (desistimiento). La primera causal de sobreseimiento es el desistimiento de la demanda. Sin embargo, este desistimiento, de acuerdo con la propia norma, atiende de formas diversas según el objeto impugnado. En el caso de normas generales, el desistimiento simplemente no procede. De hecho, si tomamos en cuenta que la CC procede por conflictos *sub specie legis*, sería comparable al desistimiento en acciones de inconstitucionalidad (sobre el desistimiento en acciones de inconstitucionalidad véase Umbach y Clemens, 2005, p. 937. Para el caso polaco, Królikowski, 2012, p. 110. En el caso español se ha sostenido que el Tribunal debe verificar primero: a) que exista identidad entre el actor y el promovente del desistimiento, y b) que no exista un interés constitucional susceptible de ser evaluado en el control abstracto. Véase el ATC 419/1986 FJ 2). O sea, la ley presupone un objetivo tuitivo del medio de control constitucional, como ocurre en otros países (sobre el desistimiento en procesos constitucionales también puede verse Rivera León, 2016, p. 273). Por su parte, el desistimiento es procedente en controversias constitucionales tratándose de actos en cualquier momento, siempre que sea expresamente antes del dictado de la sentencia (véase la jurisprudencia P./J. 54/2005, de rubro “Controversias constitucionales. El desistimiento de la demanda puede hacerse en cualquier etapa del procedimiento, siempre y cuando sea expreso y se refiera a actos y no a normas generales”). Para verificar la procedencia del desistimiento, la SCJN ha sostenido que, para efectos del desistimiento, es necesario que la persona que se desista tenga legitimación para representar al órgano o poder (nótese que la SCJN ha sostenido que la presunción legal que opera a favor de la promoción de una controversia constitucional no opera para su desistimiento. Jurisprudencia P./J. 40/2008, de rubro “Controversias constitucionales. Condiciones para la procedencia del sobreseimiento por desistimiento de la demanda”) y ratifique su voluntad ante un funcionario investido de fe pública —aunado, evidentemente, a que no se impugnen normas de carácter general— (Jurisprudencia P./J. 113/2005, de rubro “Controversias constitucionales. Condiciones para la procedencia del sobreseimiento por desistimiento de la demanda”).

Fracción II (causal de improcedencia sobrevenida). Procede sobreseer cuando durante el juicio sobreviniere una causal de improcedencia. Es decir, esta frac-

ción permite la interrupción del proceso cuando una causa de improcedencia (que no pudo ser detectada en la admisión de la demanda) sea clara e indubitante como acontece, por ejemplo, con la modificación de la norma previo al dictado de la sentencia o la revocación del acto por la propia autoridad demandada.

Fracciones III y IV (inexistencia genérica e inexistencia por convenio). Finalmente, la CC es improcedente cuando no se demuestra la existencia del acto reclamado o la norma. Naturalmente, si no existe acto o norma lesivo del ámbito competencial, no tiene caso proseguir con la CC. Sin embargo, la existencia o inexistencia del acto, por regla general, no debe ser apreciada por el ministro instructor al admitir la demanda, porque corresponderá a las partes demostrar la existencia o inexistencia de los actos durante la secuela procesal (véase la tesis 1a. CLXXVI/200, de rubro “Controversia constitucional. La determinación de la existencia de la norma general o actos impugnados no corresponde hacerla al ministro instructor al momento de dictar el auto admisorio, ya que se trata de un aspecto que las partes pueden acreditar durante la tramitación del juicio”).

Finalmente, la fracción IV permite que las partes hagan convenio sobre el acto materia de la controversia (una amigable composición) sin que el convenio pueda recaer sobre normas generales, al ser estas indisponibles (aunque nótese que la modificación de la norma, naturalmente, traería como consecuencia el sobreseimiento de la CC por cesación de efectos).

Mauro Arturo Rivera León

219. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (LEGITIMACIÓN)

En las controversias constitucionales, como en todo juicio, existen dos tipos de legitimación: la activa y la pasiva. La legitimación activa es aquella que se otorga a ciertas entidades, poderes u órganos para que impugnen un acto o norma que consideren afecta su esfera de atribuciones constitucionalmente asignada. Por su parte, la legitimación pasiva es la que recae sobre los poderes, entidades u órganos que pueden ser demandados precisamente por haber emitido los actos o normas que se consideren transgresores del ámbito competencial de otro.

La fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala, en sus diversos incisos, como sujetos legitimados para promover una controversia constitucional a: la federación, las entidades federativas, los municipios, el poder ejecutivo federal, el Congreso de la Unión (ya sea por conducto de la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados o de la Comisión Permanente), los poderes de las entidades federativas, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y los órganos constitucionales autónomos. Así, estos órganos son los que cuentan con legitimación activa para promover una controversia constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación actualmente entiende que este listado de órganos es limitativo y literal, aunque no siempre fue así. En los primeros años en los que la Corte resolvió controversias constitucionales, entendió que estas tenían como finalidad la salvaguarda del sistema federal, y que a través de ellas se pretendía lograr una defensa integral de todos los actos de todos los niveles de gobierno, con la finalidad de evitar que las autoridades

actuaran al margen de sus competencias (tesis P. LXXII/98, derivada de la controversia constitucional 51/96 resuelta en junio de 1998).

En esta lógica de entendimiento, el 4 de noviembre de 2003, el Pleno resolvió la controversia constitucional 28/2002 promovida por la Delegación Benito Juárez del Distrito Federal en contra del jefe de Gobierno, por la emisión del acuerdo por el que se expidieron las normas generales en materia de comunicación social para la administración pública de dicho orden. Al resolver esta controversia se sostuvo que la fracción I del artículo 105 constitucional no debía interpretarse en un sentido literal o limitativo, ni que estableciera un listado taxativo de los entes, poderes u órganos legitimados para promover una controversia, sino que esta fracción debía interpretarse en armonía con las normas del sistema federal y conforme al principio de división de poderes, con la finalidad de que no quedaran marginados otros supuestos de procedencia, por lo que se deberían favorecer hipótesis de procedencia que, aunque no estuvieran previstas expresamente en su texto, fueran acordes con la finalidad manifiesta de ese medio de control constitucional, que es precisamente salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia prevé la Constitución federal. De este modo, se consideró a la parte actora como órgano legitimado para promover dicha controversia, entendimiento que se siguió aplicando posteriormente en la resolución de diversas controversias —tales como la controversia constitucional 31/2006 resuelta en noviembre de 2006, de la que derivó la tesis de jurisprudencia P./J. 21/2007—.

En 2007, el criterio del Tribunal Pleno cambió al resolver el recurso de reclamación 58/2007, en el que se señaló que: *a)* el artículo 105 constitucional, en su fracción I, era un artículo cerrado y limitativo; *b)* el Instituto Federal Electoral, como órgano constitucional autónomo, no tenía legitimación para promover una controversia constitucional; *c)* sostener lo contrario sería tanto como agregar un inciso a la fracción I del citado precepto; *d)* el diseño constitucional era de “estancos exclusivos y excluyentes” conforme a los cuales, quien tenía legitimación para promover controversia constitucional no la tenía para promover una acción de inconstitucionalidad y viceversa, lo que generaba un equilibrio del diseño de este tipo de medios de control constitucional, y *e)* el Pleno no podía ampliar los supuestos de procedencia. Así, el criterio cambió y continuó aplicándose con este nuevo entendimiento.

Fue hasta la reforma constitucional de junio de 2013 que se incluyó el inciso l) en la fracción I del citado artículo y se legitimó a los órganos constitucionales autónomos para promover una controversia constitucional, agregándose de manera expresa al órgano garante previsto en el artículo 6 constitucional en febrero de 2014. Ya con este agregado a la fracción I, en 2015 se presentaron diversas controversias constitucionales promovidas tanto por comisiones locales defensoras de los derechos humanos como por tribunales electorales locales y tribunales de justicia administrativa locales; algunas se admitieron al considerarse a estos órganos como constitucionales autónomos y otras se desearon —entre ellas las controversias 51/2015, 53/2015, 34/2016 y 66/2016—, y en ambos sentidos se promovieron recursos de reclamación —entre otros, los recursos 28/2015 y 23/2016—, en los que finalmente la Corte volvió a adoptar un criterio mayoritario en el sentido de una interpretación limitativa y restringida de la fracción I del artículo 105

constitucional, al señalar que los órganos actores no tenían legitimación activa para promover controversias constitucionales, toda vez que no estaban contemplados en ninguna de las hipótesis previstas por la fracción I del artículo en cita y que el constituyente permanente solo había legitimado a los órganos constitucionales autónomos federales para promover controversias constitucionales en contra del ejecutivo federal y del Congreso de la Unión. De este modo, el criterio de la Corte en cuanto a la legitimación activa para promover una controversia constitucional es limitativo y cerrado.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, la Corte siempre ha sostenido la distinción entre órganos originarios o primarios del Estado —siendo estos los legitimados activamente por estar contemplados en la Constitución federal y tener delimitadas sus competencias en la misma— y órganos derivados o legales, los que en ningún caso cuentan con legitimación activa; sin embargo, sí están legitimados pasivamente (tesis LXXIII/98). Así, la Corte ha sostenido que ciertos órganos, aun cuando no estén contemplados en la Constitución federal, sí cuentan con legitimación pasiva en controversias constitucionales y, por tanto, sí pueden ser demandados; por ejemplo, al resolver en enero de 2004 la controversia 1/2001 se consideró que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) sí tenía legitimación pasiva, ya que emitía sus resoluciones con plena autonomía (tesis P./J. 10/2004. En relación con otros órganos se emitieron las tesis P./J. 15/2008 y P./J. 52/2008). Del mismo modo, en febrero de 2013, al resolver la controversia 41/2011 se tuvo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) como órgano demandado. En abril de 2015, al resolver la controversia 117/2014 se tuvo al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) como demandado. De este modo, el criterio de la Corte en legitimación pasiva ha sido mucho más laxo, ya que permite tener como demandados en una controversia constitucional a los órganos derivados o secundarios del Estado. Finalmente, cabe señalar que este criterio había sido consistente, hasta que en mayo de 2017 el Tribunal Pleno, al resolver —por mayoría de 6 votos— el recurso de reclamación 76/2016, confirmó un auto de desechamiento de una controversia constitucional promovida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra del Instituto Electoral Local del Distrito Federal, por considerar que el órgano demandado no contaba con legitimación pasiva, al no encontrarse previsto en ninguno de los incisos de la fracción I del precepto referido, aplicando y extendiendo el criterio limitativo de legitimación activa a la legitimación pasiva.

*José Ramón Cossío Díaz
Laura Patricia Rojas Zamudio
Raúl Manuel Mejía Garza*

220. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (LOCAL)

Las controversias constitucionales son precisamente el mecanismo de tutela constitucional que está regulado por la mayor parte de las entidades federativas, siguiendo en buena medida las características del instituto incorporado desde 1824 en las Constituciones mexicanas. Este tipo de instrumento hace alusión a los conflictos que pueden surgir entre los distintos órdenes normativos (constitucionales y legales) o los diversos órganos pertenecientes a ámbitos diferentes o iguales. A través de esta vía se busca garantizar el principio de división de competencias entre los diversos organismos locales.

Las leyes de justicia constitucional de los estados de Veracruz, Guanajuato, Coahuila, Querétaro, Nayarit, Tamaulipas, Estado de México, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Yucatán coinciden en regular las controversias que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; entre el Poder Ejecutivo y uno o más municipios; entre el Poder Legislativo y uno o más municipios, y entre dos municipios. Tlaxcala, además, incluye los conflictos que puedan originarse entre el Poder Ejecutivo y los concejos municipales; aquellos que se ocasionen entre el Poder Legislativo y dichos concejos; al igual que los que surjan entre dos o más municipios de un mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad.

El estado de Coahuila amplía los supuestos al contemplar los conflictos de competencia que se susciten entre el Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; una o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado; uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del gobierno estatal o municipal.

En Nayarit y Yucatán los organismos autónomos pueden demandar o ser demandados en controversia cuando surja un conflicto con el Poder Legislativo o Ejecutivo, municipios o, incluso, entre los propios órganos autónomos.

En Guanajuato no se emplea el término controversias constitucionales para hacer referencia a este tipo de conflictos, sino el de controversias legales. En esta entidad se contempla como uno de los supuestos, los conflictos de límites territoriales que se originen entre los municipios del estado. En Tlaxcala, por el contrario, al señalarse los supuestos que se pueden dar en este tipo de juicios se establece que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia no puede analizar cuestiones relativas a límites territoriales de los municipios, los cuales serán resueltos por el Congreso del estado.

La legitimación procesal activa se confiere, regularmente, a los poderes estatales, en cuanto se trata de una disputa entre ellos respecto de las atribuciones que están delimitadas en las Constituciones locales. Por ello, en Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se reconoce legitimación a los municipios y a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el caso de los estados de Guanajuato y de México la legitimación se amplía al poder, y en esta última entidad también al estado, considerado en abstracto, y al comisionado de los derechos humanos.

Por su parte, en Querétaro y Tlaxcala se otorga legitimación también a la autoridad y a los particulares, así como a los partidos políticos en el caso de Tlaxcala. Y en Coahuila se extiende a cualquier persona, entidad u órgano que promueva la controversia.

Tienen legitimación procesal pasiva en los estados de Guanajuato, de México, Tamaulipas y Yucatán el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que sea objeto de la controversia (en el Estado de México se incluye al Estado). En Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, además de contemplar a los municipios, se realiza una mayor especificación al contemplar a los poderes Legislativo y Ejecutivo. En Tlaxcala, Querétaro y Nayarit se establece una fórmula muy genérica, pues podrán ser demandados la autoridad o autoridades que emitan y promulguen la norma que se impugne y, en su caso, las que hubieren ordenado, ejecutado

o traten de ejecutar el acto o resolución combatidos. Es Coahuila el estado en el que se introduce una legitimación más extensa, ya que incluye a cualquier entidad, poder u órgano.

En Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Guanajuato, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán la vinculación entre concentración e instrumentos abstractos de constitucionalidad origina que los efectos de las sentencias sean *erga omnes*, siempre y cuando dichas resoluciones hayan sido aprobadas por el número de votos que cada legislación estatal contempla. En el caso de Veracruz se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros del Tribunal. En Chiapas, el voto de la mayoría de sus miembros (por más de cinco votos); en Tlaxcala, por cuando menos diez magistrados; en Guanajuato, la mayoría simple de votos de los integrantes del Pleno; en el caso de Quintana Roo una mayoría de por lo menos seis votos de los integrantes del Pleno; en el Estado de México por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional; en Nayarit cuatro votos de la Sala Constitucional, y en Tamaulipas al menos cuatro votos del Pleno, al igual que en Yucatán.

En el supuesto de que no se alcancen las mayorías indicadas, las sentencias tendrán efectos respecto a las partes en la controversia, con excepción de Tlaxcala, en donde si no se alcanza la mayoría indicada se desestima la impugnación. En Coahuila solamente se aplica este último supuesto, pues las sentencias en las controversias constitucionales tienen efectos exclusivos para las partes en conflicto.

Giovanni A. Figueroa Mejía

221. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (OBJETO IMPUGNABLE)

Marco normativo. La controversia constitucional (CC) a nivel comparado, como proceso de control constitucional de conflictos orgánicos, usualmente involucra la impugnación de actos, resoluciones y disposiciones distintas a aquellas que tengan el rango de ley.

En el caso mexicano, el artículo 105, fracción I, constitucional no define de forma estipulativa el objeto impugnatorio, pero sí lo hace de forma táctica. Así, diversas fracciones del artículo hacen una referencia implícita al mismo cuando definen el planteamiento de la litis, de tal suerte que la fracción h) establece la procedencia de la controversia entre dos poderes de una misma entidad federativa “sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”. Esta fórmula se repite con igual terminología en las fracciones i), j), l). Una referencia ulterior se da en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105, en el que se establecen los efectos de la declaratoria de invalidez de normas generales.

Así, el propio artículo 105 constitucional permite establecer las dos categorías de objetos impugnables en controversia constitucional: actos o disposiciones generales. Ello implica que, a diferencia de otros ordenamientos como el español, en México es posible el planteamiento de conflictos constitucionales *sub specie legis*.

La ley reglamentaria no lo especifica expresamente pero emplea los mismos presupuestos impugnatorios en su articulado. De forma que la fracción II del artículo 10 establece el carácter de parte de la autoridad, entidad u órgano “que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronuncia-

do el acto que sea objeto de la controversia”. En diversos artículos de la ley reglamentaria se reafirma así la distinción conceptual empleada por el texto constitucional.

Interpretación jurisprudencial. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha encargado de determinar qué conjunto de objetos impugnables pueden ser enmarcados dentro del concepto de actos y normas generales (véase Rivera León, en Cossío Díaz, 2017, pp. 1667 y ss.).

La SCJN ha entendido que un acto impugnabile es aquel que resulta definitivo y genera un principio de afectación. Ejemplos enunciativos, más no limitativos, los constituyen las normas jurídicas individualizadas (ejemplo de ello sería un decreto de creación de un municipio como en la CC 91/2012), los actos de aplicación de normas, los oficios (CC 115/2013), los avisos o las fases del procedimiento legislativo (1a. CCLXVIII/2012, 10a.). Además de lo anterior, la Corte ha afirmado la posibilidad de impugnar omisiones de actuación. Por ejemplo, en la CC 77/2015 se debatía sobre la omisión de un Congreso local de resolver sobre una solicitud de un municipio relativa a la suspensión del presidente municipal en su cargo. Sin embargo, cuando lo que se pretenda impugnar son consecuencias directas de un acto positivo, la impugnación de potenciales omisiones derivadas debe regirse por el plazo de impugnación por el acto positivo y no generan autónomos plazos impugnatorios (CC 49/2008).

Por otro lado, es importante referir que las resoluciones jurisdiccionales no son un objeto impugnabile en CC, salvo cuando se aduzca una invasión autónoma a una esfera competencial (pero como situación absolutamente excepcional).

Respecto a las normas generales, la Corte ha entendido que dentro de esta categoría se encuentran las leyes federales, las leyes de las entidades federativas, las constituciones de las entidades federativas, los reglamentos locales (CC 56/1996) o reglamentos federales (CC 97/2004), así como cualquier norma que satisfaga las condiciones de generalidad. Aunado a ello, los tratados internacionales pueden ser impugnados también en controversia constitucional (p. ej., CC 33/2002. Para ello, debe llamarse a juicio a las autoridades integrantes de los poderes de la federación que intervinieron en su proceso de formación. *Cf.* Tesis P./J. 85/2004, de rubro “Tratados internacionales. Son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional”), mientras que, desde la CC 82/2001, la Suprema Corte ha sostenido una interpretación firme de que la reforma constitucional (aun en su acepción de norma general) no puede ser impugnada en controversia constitucional por vicios de procedimiento o cuestiones de fondo. Concretamente en controversia constitucional, también ha jugado un papel relevante la afirmación de la Suprema Corte de que la reforma constitucional implica a un órgano reformador de la Constitución que no goza de legitimación pasiva en este procedimiento (una crítica a este endeble argumento se encuentra en Rivera León, 2016, pp. 184 y ss.).

Mauro Arturo Rivera León

222. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (PLAZOS IMPUGNATORIOS)

La Constitución no establece los plazos de impugnación en la controversia constitucional (CC); sin embargo, el primer párrafo de su artículo 105 realiza

una delegación amplia a la ley reglamentaria para establecer estos plazos. Por un lado, ello implica una obligación de dicha ley en su establecimiento y, por el otro, cristaliza en la ley reglamentaria la posibilidad única de especificar plazos en dicho proceso, con lo cual, una ley distinta no podría modificarlos.

Ahora bien, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las reglas aplicables a las controversias constitucionales en su artículo 3. De tal suerte, refiere que los plazos impugnatorios iniciarán al día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación; se contarán únicamente los días hábiles (entendiéndose por estos los establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), y no correrán durante los periodos de receso ni en los días en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) suspenda labores (así, por ejemplo, en 2017, el Alto Tribunal determinó inhábiles algunos días a causa del terremoto que impactó a la Ciudad de México, conforme a la Circular 1/2017-P).

El artículo 21 de la ley reglamentaria regula pormenorizadamente los plazos para la promoción de la CC. A pesar de contener tres fracciones, en realidad, regula dos hipótesis de impugnación en la CC ordinaria y una hipótesis distinta para el caso de CC que impliquen conflictos limítrofes.

Una misma controversia, pero distintas causas generadoras de plazos. Dado que en México la CC es procedente para impugnar tanto actos como normas (conflictos *sub specie legis*), la ley reglamentaria establece plazos distintos para cada una.

a) Actos. En dicho supuesto, existen tres causas generadoras del plazo. En primer término, la notificación. Si un acto ha sido notificado, el plazo inicia a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos dicha notificación. Para el surtimiento de efectos de la notificación, la propia ley dispone (art. 21, frac. I) que deberá acudir a la ley que rija el acto. Ahora bien, cuando el acto no sea notificado hay dos oportunidades impugnatorias: 1) el momento en que la parte actora haya tenido conocimiento del acto (es decir, la demanda puede promoverse el mismo día en que el actor tiene conocimiento del acto, independientemente de que no haya tenido acto de aplicación o se haya publicado —en caso de ser norma—. Ello, en tanto su presentación, temprana no puede causar su extemporaneidad. Véase la jurisprudencia P./J. 114/2010, de rubro “Controversia constitucional. No es extemporánea aun cuando se presente el mismo día en que el promovente tenga conocimiento, se ostente sabedor o hubiere sido notificado respecto del acto, o bien, se publique la norma o se produzca su primer acto de aplicación.”), o 2) el momento en que el actor se ostente sabedor del mismo. La propia SCJN ha establecido que la CC procede contra omisiones, por tanto, ha tenido que definir su plazo impugnatorio, dado que este no se regula en la ley reglamentaria. Así, se ha determinado que para impugnar omisiones, el plazo se renueva día a día (véase jurisprudencia P./J. 43/2003, de rubro “Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquellas subsistan”) en tanto subsista la omisión, al ser esta de tracto sucesivo (naturalmente, la pretensión principal del actor debe ser el llenado del vacío legal en cuestión. Véase jurisprudencia P./J. 66/2009, de rubro “Controversia constitucional. Para que pueda promoverse con motivo

de una ‘omisión’ imputada a la parte demandada, es necesario comprobar su inactividad”).

b) Normas. Las normas tienen dos plazos impugnatorios diversos. En primer término, pueden impugnarse en 30 días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación (es irrelevante si la norma ha entrado en vigor o no. La naturaleza de la publicación otorga definitividad al acto legislativo, es decir, actos intraproceso legislativo no constituyen momentos idóneos para impugnar la norma. Véase jurisprudencia P./J. 21/2008, de rubro “Controversia constitucional. El plazo para impugnar un acto cuya publicación quedó en suspenso en virtud de que el titular del ejecutivo local ejerció su derecho de veto, y contra este se promovió una diversa controversia constitucional, inicia al día siguiente al en que se realiza la publicación oficial de aquel”).

Un segundo plazo impugnatorio de igual duración (es decir, 30 días) inicia al momento en que se produzca el primer acto de aplicación. Este acto, en la segunda hipótesis, solo fungirá como detonador de la oportunidad de acudir a la CC, por lo que, aun si el acto pierde efectos, la impugnación sobre la norma subsiste. Sin embargo, la impugnación contra la norma será improcedente si pretende hacerse con base en un segundo o ulterior acto de aplicación, en tanto se presume el consentimiento de la parte actora al no haber impugnado en el momento procesal oportuno (véase jurisprudencia P./J. 121/2006, de rubro “Controversia constitucional. Es improcedente contra un segundo o ulterior acto de aplicación de la norma general impugnada”).

Dados los diferentes plazos impugnatorios de la norma, la sentencia debe encuadrar la CC en alguna hipótesis concreta del artículo 21 para poder hacer el cómputo de la oportunidad (así lo dispone la jurisprudencia P./J. 65/2009, de rubro “Controversia constitucional. Tratándose de normas generales, al estudiarse en la sentencia la oportunidad en la presentación de la demanda relativa deberá analizarse si la impugnación de aquellas se hace con motivo de su publicación o de su primer acto de aplicación”).

Una hipótesis curiosa, que incluso fue objeto de pronunciamiento expreso, es la de las normas previas a la emisión de la ley reglamentaria. ¿Cómo debían impugnarse normas previo al mecanismo reglamentario? La SCJN optó por sostener que el plazo era de 30 días contados a partir de la entrada en vigor de la ley reglamentaria (es decir, homologando el plazo como si iniciara la publicación de la norma en cuestión), o bien, empleando en segundo término el plazo correspondiente al primer acto de aplicación. Así, la Corte sostuvo que, con dicha determinación, se respetaba el criterio de la extensión de doble oportunidad establecido en la ley reglamentaria (véase la jurisprudencia P./J. 28/97, de rubro “Controversias constitucionales. Momento en que inicia el plazo para hacerlas valer; con motivo de la publicación de las normas generales impugnadas, anterior a la fecha en que entró en vigor la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”).

c) Conflictos limítrofes. Finalmente, la fracción III del apartado 21 dispone que el plazo respectivo tratándose de conflictos limítrofes no especificados en la fracción IV del artículo constitucional, es de 60 días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o la realización del acto que motive el conflicto.

Mauro Arturo Rivera León

223. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (PROMOVENTE)

El promovente en controversias constitucionales (en lo sucesivo CC) es el sujeto legitimado para accionar dicho proceso constitucional; referido también como el “actor” en el juicio o el “demandante” en el mismo o “sujeto activo” de la relación jurídico procesal, según sea el lenguaje en el que se quiera hablar. La legitimación para acudir en esta calidad ante la Suprema Corte, órgano exclusivamente competente para resolver en única instancia este tipo de litigios, viene dada, *en principio*, en términos de una relación detallada establecida en la fracción I del artículo 105 constitucional.

Conforme a tal disposición pueden ser promoventes de este tipo de juicios: la Federación; el Poder Ejecutivo federal; el Poder Legislativo federal (Congreso, las Cámaras en lo individual o la Comisión Permanente); un Estado; el Distrito Federal; un municipio; un Poder Estatal y un órgano de gobierno del Distrito Federal. Este enlistado puede más fácilmente comprenderse si no colapsamos en categorías acudiendo a elementos comunes en estos que nos permitan sistematizar los supuestos. Así, desde una primera óptica de categorización, tenemos que: (i) pueden ser “promoventes” *los órdenes jurídicos u órdenes de gobierno, por sí mismos*: Federación, entidades de gobierno local (Estados o Distrito Federal); y los municipios y; (ii) *los depositarios de poder de cada uno de esos órdenes* (de ser aplicable): los poderes legislativo o ejecutivo federales; y a nivel local, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial locales (en el caso del Distrito Federal el término constitucionalmente técnico sería “órganos” en lugar de “poderes”).

En seguimiento a lo establecido en la fracción constitucional en comentario, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105), establece, en su artículo 10, que tendrá el carácter de parte actora en las controversias constitucionales “...la entidad, poder u órgano que promueva la controversia.” Nótese que la Ley Reglamentaria resumió los diversos sujetos mencionados individualmente en la literalidad del artículo 105, fracción I, de la Constitución bajo los términos de “entidades”, “poderes” u “órganos”. Con base en la lógica detrás de tal ejercicio de abstracción puede señalarse que cuando ahí se habla de “entidades” como parte actora de una CC, se hace referencia a entidades federativas o entidades municipales (municipios); que “poderes” subsume tanto a los poderes federales como a los estatales; y que los “órganos” son equivalentes a poderes públicos estatales que tiene el Gobierno del Distrito Federal (en lugar de “poderes”).

Sin embargo, estas menciones tanto constitucionales como legales han dejado un espacio de interpretación que aún no ha sido del todo definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Se ha suscitado ya en varias ocasiones debate al interior de la SCJN en torno a si otros órganos no mencionados en tal enlistado pueden o no ser “promoventes” de un juicio de este tipo. Algunas hipótesis ahora están clarificadas y de amplia aceptación por la jurisprudencia, pero otras aún no lo están.

La SCJN ha llegado a señalar que la literalidad de la fracción I del artículo 105 constitucional no es limitativa, de ahí que se haya reconocido la posibilidad de ser promoventes a órganos ahí no mencionado tales como: las Delegaciones del Distrito Federal (Controversias constitucionales 37/2000, 20/2002, 27/2002, 28/2002 y 29/2002) y al Tribunal Electoral del Distrito Federal (Controversia constitucional 31/2006), esencialmente, bajo el argumento de

que son “órganos” del Distrito Federal y se trata de un concepto indeterminado en el que pueden caber; mientras que, por otro lado, se le ha negado dicho reconocimiento a organismos constitucionales autónomos (federales o locales), tales como: el Instituto Electoral de Baja California (Recurso de reclamación 67/2005-PL), el Instituto Estatal de Transparencia de Jalisco (Recursos de reclamación 15/2007, 234/2006-PL, 154/2006-PL y Controversia constitucional 33/2007), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Recurso de reclamación en controversia constitucional 20/2007-PL) y el Instituto Federal Electoral (estando como ministro instructor Gudiño Pelayo y como ministro ponente del recurso de reclamación Góngora Pimentel), bajo el argumento, entre otros pero destacadamente, de que no está previsto así en la Constitución.

Es preciso agregar que estar mencionado en el artículo 105, fracción I, de la Constitución no basta en todos los casos para que se reconozca legitimación a quién acude en esta vía ante la SCJN. Es necesario además que la acción sea ejercitada contra un órgano contra el cuál la Constitución le haya dado acción; pues debe tenerse presente que la Constitución, más que simplemente autorizar a los demandantes, da competencia a la SCJN para conocer de litigios que se presenten en ciertas relaciones jurídicas; de ahí que se diga que al promoverse que se le reconozca legitimación para acudir al juicio la Constitución, se le debe reconocer a esa específica “entidad, poder u órgano” la posibilidad de demandar a las específicos “entidades, poderes u órganos” que demanda.

En otras palabras, solo se tiene acción (en el sentido procesal del término) contra quién la propia norma dispone que se tiene la acción. Y aunque son múltiples las hipótesis previstas, lo cierto es que cuando menos pueden pensarse en varias que no lo están. Por ejemplo: se da acción a los municipios, pero no se especifica que pueden ejercerla contra municipios del mismo Estado, en tanto solo se prevé que puedan accionar contra la Federación, los Estados (el suyo y otros) y contra otros municipios pero *de otro Estado distinto al suyo*. Otro ejemplo sería: ¿si puede un órgano de un Estado demandar por sí mismo a la Federación o debe ser el Estado como tal? Este último problema ya se ha presentado en la práctica, y a juzgar por los criterios que ha sostenido el tribunal en los mismos, puede afirmarse que, a diferencia de lo que sugiere el texto constitucional y aun cuando hubo algunas discusiones al respecto, a la fecha, cualquier componente de un Estado puede accionar por sí en nombre del mismo, aún en juicios verticales, salvo que su Constitución o legislación interna disponga otra cosa (como sucede, por ejemplo, en Quintana Roo, que se pide un acuerdo entre los tres Poderes del Estado).

No obstante lo antes dicho, la jurisprudencia ha sido muy abierta en torno a quién pueden demandar los promoventes de este tipo de juicios lo que ha permitido que pueda demandarse en esta vía a entidades u órganos que no entrarían en la literalidad del texto constitucional o la LR105 (M. A. Hernández Chong Cuy, 2011).

Quien se presenta como “promovente” de una CC, por supuesto, debe acreditar ser el titular de la entidad, poder u órgano demandante o, en su caso, acreditar que por ley u otro acto jurídico cuenta con la representación jurídica necesaria para comparecer en el juicio en nombre de quien comparece (J.R., Cossio Díaz, 2009).

Un último aspecto que conviene referir en relación al sujeto activo en la controversia, es en lo relativo a cuántos sujetos pueden presentarse en el lado

activo de la relación procesal; esto es: ¿Puede haber una pluralidad de promoventes en una CC? La Constitución no resuelve o atiende esta situación de manera directa ni tampoco lo hace la LR105. Lo único que se prevé lo refiere el artículo 38 de esta última que señala que no está permitida la acumulación de juicios, aun cuando la prohibición de acumulación no resuelve la pregunta que ahora nos ocupa. En este rubro debe señalarse que si bien no se ha localizado algún pronunciamiento específico o expreso de la SCJN sobre este punto, una revisión de los juicios tramitados permite advertir que ya en varias ocasiones se han presentado demandas con pluralidad de promoventes a las que se les ha dado trámite ordinario, sin que haya habido alguna manifestación en lo particular durante su instrucción, ni a su escisión procesal y los juicios se han fallado sin que en las sentencias se haga el menor reparo en este aspecto (Como ejemplos podemos mencionar las CC: 11/1995, 54/1996, 4/1998, 6/1998, 43/2004, 25/2001). En estas, el Tribunal no destacó ese punto, menos aún establecido si era posible considerarlo un litisconsorcio activo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

224. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (SUSPENSIÓN)

La suspensión en las controversias constitucionales se encuentra regulada en la sección II del título II de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, específicamente en los artículos 14 a 18. De esta regulación se puede advertir que las características generales de la suspensión en controversias constitucionales son las siguientes: *a)* el ministro instructor, ya sea de oficio o a petición de parte, podrá concederla cuando se impugnen actos hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva, lo cual podrá hacer con base en los elementos proporcionados por las partes o recabados por él mismo en términos del diverso artículo 35 en lo que resulte aplicable; *b)* se tramitará por vía incidental; *c)* no podrá otorgarse cuando en la controversia se hubieran impugnado normas generales; *d)* no podrá concederse cuando se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante; *e)* el auto de suspensión podrá modificarse o revocarse cuando ocurra un hecho superveniente que lo fundamente; *f)* para su otorgamiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional (CC), y *g)* en el auto en el que se otorgue se deberán señalar, de manera precisa, los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva.

Algunas de estas características se precisaron en las tesis 1a. L/2005 y P./J. 27/2008 de rubros “Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y características” y “Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y fines”. Por su parte, la Segunda Sala de la Corte emitió las tesis 2a. LXVII/2000 y 2ª. I/2003 de rubros “Controversias constitucionales. No procede el otorgamiento de la suspensión en contra de actos consumados” y “Suspensión en controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultades para decretarla no solo respecto del acto cuya invalidez se deman-

de, sino también respecto de sus efectos o consecuencias”, en las que precisó que la suspensión en CC no tiene efectos retroactivos y que su finalidad es impedir que se lleven a cabo los actos impugnados, por lo que no podrá concederse cuando dichos actos, sus efectos o consecuencias, ya se hubieren materializado.

Asimismo, la Primera Sala emitió la tesis 1ª LXXVII/2001 de rubro “Reclamación en contra del auto que decide sobre la suspensión en controversia constitucional. Queda sin materia si durante su tramitación se resolvió el referido medio de control constitucional”, en la que señaló la naturaleza accesoria del incidente de suspensión con relación al juicio principal. También se ha señalado que la suspensión en una CC, en primer lugar, tiene como objeto primordial preservar la materia del juicio, asegurando provisionalmente la situación jurídica o el interés de que se trate, para que la sentencia que, en todo caso, llegue a declarar fundada la controversia pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y, en segundo lugar, tiende a prevenir un daño trascendente a las partes o a la sociedad en tanto se resuelve el juicio principal.

En cuanto a las “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano” como criterio en el que no se podrá conceder la suspensión cuando estas se puedan poner en peligro, la Corte ha entendido por este tipo de instituciones a las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, dado que rigen su vida política, social y económica. Lo anterior lo definió en las tesis 1a. XIV/2000 y P./J. 21/2002 de rubros “Suspensión en controversias constitucionales, concepto de instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano para los efectos del incidente de (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia)” y “Suspensión en los juicios regidos por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ‘Instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano’ para efectos de su otorgamiento”. En desarrollo de este criterio la Corte ha considerado como instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano al juicio político; a la administración, conservación, uso, aprovechamiento y eficiencia del espacio radioeléctrico; a las fases del procedimiento legislativo; a la economía nacional siempre que se lesionen intereses de la sociedad en general, entre otras.

En cuanto a la prohibición expresa prevista en la ley reglamentaria de la materia en el sentido de que la suspensión no procede cuando se impugnen normas generales, la Corte había sido consistente en su criterio, e incluso consideró que esta prohibición también incluía a los artículos transitorios de la norma y sus efectos, tal como se precisó en la tesis 2a. XXXII/2005 de rubro “Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos”. Sin embargo, en sesión pública de la Segunda Sala de la Corte de 26 de octubre de 2016, al resolver el recurso de reclamación 32/2016-CA, por mayoría de tres votos de los ministros Medina Mora, Luna Ramos (quien se apartó de algunas consideraciones) y Pérez Dayán, se generó una excepción a esta prohibición legal ya que se revocó un auto por el que se había negado la suspensión de la norma impugnada en la CC 62/2016 —la fracción XIII del

artículo 121 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México—. Al respecto, se indicó que la interpretación más favorable del último párrafo del artículo 14 de la ley reglamentaria de la materia permitía sostener, como excepción, que sí era factible conceder la suspensión de la norma impugnada en una CC, para el efecto de que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, cuando se pudiera implicar la transgresión de algún derecho humano. Se precisó que lo conducente era otorgar la suspensión de la fracción XIII del artículo 121 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, para el efecto de que los servidores públicos obligados no hicieran públicas, en los sistemas habilitados para ello, sus declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscales, ello con el objeto de mantener viva la materia de la CC, sin que esto significara que los citados servidores públicos dejaran de presentar sus aludidas declaraciones ante los órganos respectivos, pues lo único que se suspendía era la publicación o divulgación de las mismas, en aras de salvaguardar su derecho humano de protección de datos personales. Se indicó que, de no concederse la medida cautelar se causarían daños irreversibles a los destinatarios de la norma, que eran justamente los servidores públicos obligados, porque de publicarse sus declaraciones, y ante el supuesto de una posible invalidez de la norma impugnada, sería imposible volver las cosas al estado que guardaban antes de la difusión o publicación, pues se habrían consumado de manera irreparable, en perjuicio de los sujetos obligados, lo que resultaba contrario a la naturaleza jurídica de la medida precautoria. Se agregó que no se desconocía que en CC era improcedente conceder la suspensión respecto de normas generales; sin embargo, en el caso particular el artículo impugnado no estaba dirigido a la generalidad, sino a un grupo determinado, como lo eran las personas servidores públicos integrantes de los sujetos obligados. Así, la Segunda Sala, por mayoría de tres votos, generó una excepción a la prohibición legal de conceder una suspensión en CC cuando se impugnen normas generales.

*José Ramón Cossío Díaz
Laura Patricia Rojas Zamudio
Raúl Manuel Mejía Garza*

225. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El antecedente de un programa regional para la protección de derechos humanos en el continente americano, lo encontramos en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (Conferencia de Chapultepec) de 1945, que tenía como propósito fijar la postura del continente frente al nuevo orden internacional de la postguerra. En esta se encomendó al Comité Jurídico Interamericano un tratado de derechos y deberes del hombre que finalmente no se concretó, pero dejaba constancia del trabajo y el interés que se tenía sobre el tema. En el Acta de Chapultepec se manifestaba que “la nueva situación del mundo hace cada vez más imperiosa la unión y la solidaridad de los pueblos americanos para la defensa de sus derechos y el mantenimiento de la paz internacional”.

En ese contexto, la Organización de Estados Americanos surge con la suscripción de la Carta de la OEA, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948 en Bogotá, Colombia, durante

la cual también se aprobaron dos resoluciones: la número XXX que crea la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como un instrumento de carácter no obligatorio, y la número XXXI que encomendaba al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para una Corte Interamericana que tuviera como propósito garantizar los derechos humanos, argumentando que “no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. El Comité consideró que previo a la creación de este estatuto, era necesario suscribir un tratado general de derechos humanos en la OEA. El proyecto fue elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y se presentó en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria en Río de Janeiro, en noviembre de 1965, sin que en ese momento se adoptara una decisión. Se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que realizara observaciones y posteriormente a los países miembros de la OEA. Todo este trabajo derivó en la convocatoria del Consejo de la OEA para celebrar la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica en 1969, en la que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando llegó a la décimoprimer ratificación, y a partir de ese momento se puede considerar que el sistema de derechos humanos en el continente transitó de un modelo soportado en instrumentos normativos de naturaleza declarativa, a uno con base convencional y obligatoria.

La Convención Americana se integra por un preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero establece los deberes de los Estados (Arts. 1 y 2); el segundo se refiere a Derechos Civiles y Políticos (Arts. 3 al 25); el tercer capítulo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se integra solo por el artículo 26, al que se tituló “Desarrollo Progresivo”. El cuarto se refiere a la suspensión de garantías, interpretación y aplicación (Arts. 27 al 29); y el quinto capítulo a los deberes de la persona (Art. 32). La segunda parte de la Convención regula los “Medios de la Protección” (Arts. 33 al 73), donde crea los órganos de tratado: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sus respectivas organización, funciones, competencia y procedimiento. La tercera parte del tratado establece las disposiciones generales y transitorias (Arts. 74 al 82), como la firma, ratificación, reserva, enmienda protocolo y denuncia.

I. Obligaciones generales.

El artículo 1 de la CADH, donde se establecen las obligaciones generales, es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de *respetar* los derechos y libertades ahí contenidos y *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción *sin discriminación alguna*, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene. El artículo 2 prevee otro deber convencional de la mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna: la obligación de los Estados

nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

II. *Derechos protegidos.*

La Convención Americana posee el reconocimiento más amplio de derechos, con relación a cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos. Se refiere tanto a derechos civiles y políticos, como a derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con un tratamiento diferenciado. Los primeros son desarrollados a partir de los mismos derechos ya reconocidos en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948. Comprende veintitrés derechos: 1) Reconocimiento a la personalidad jurídica, 2) Vida, 3) Integridad personal, 4) Prohibición de la esclavitud y servidumbre, 5) Libertad personal, 6) Garantías judiciales, 7) Principio de legalidad y de retroactividad, 8) Derecho a indemnización, 9) Protección de la honra y de la dignidad, 10) Libertad de conciencia y de religión, 11) Libertad de pensamiento y de expresión, 12) Derecho de rectificación o respuesta, 13) Derecho de reunión, 14) Libertad de asociación, 15) Protección a la familia, 16) Derecho al nombre, 17) Derechos del niño, 18) Derecho a la nacionalidad, 19) Propiedad privada, 20) Circulación y residencia, 21) Derechos políticos, 22) Igualdad ante la ley, y 23) Protección judicial.

En el reconocimiento de los DESC la Convención no los trata de manera explícita, ya que solo hace una referencia genérica en el artículo 26 que denomina de “desarrollo progresivo”. No obstante ello, esta disposición ha sido garantizada desde el principio de interdependencia por vía indirecta y utilizando de manera complementaria el Protocolo de San Salvador y, en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH sobre la materia, a través de la exigibilidad directa de este artículo.

III. *Aplicación nacional*

La CADH no define el lugar que debe ocupar en el derecho interno, sin embargo, esto debe entenderse a partir de los principios establecidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, así como el deber de adecuación establecido en su artículo 2. La articulación entre el ordenamiento nacional y el tratado, pretende la eficacia de los derechos a partir de la integración coordinada entre normas y mecanismos de protección de ambos sistemas, desde una doble dimensión: desde la perspectiva internacional, la Convención Americana es derecho interno de fuente internacional y tiene aplicación directa en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido. Las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, si estas fueran más protectoras. Desde la perspectiva nacional, resulta relevante considerar la configuración y los efectos de las cláusulas de apertura constitucional latinoamericanas: en estas los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, por tanto, prevalecen sobre la legislación interna; al formar parte del bloque de constitucionalidad, también pueden ser considerados como parámetro de control de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales y, finalmente, los derechos reconocidos y protegidos internacionalmente por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones

nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales, tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria.

En sus más de 40 años de vigencia, la CADH ha consolidado de manera progresiva y consistente su función transformadora y corresponde siempre orientar su interpretación y aplicación en clave incluyente, emancipadora y dignificante.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Regelio Flores Pantoja*

226. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO

Fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 6 de marzo de 2002, entrando en vigor el 10 de julio de 2003 y contando hasta la fecha con 24 Estados parte. Históricamente, se debe destacar que la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CIACT) fue adoptada seis meses después de los ataques de 11 de septiembre de 2001. Dado que la mayoría de los Estados de la OEA tienen leyes antiterroristas, este instrumento reitera un compromiso hemisférico en la materia, pues intenta homogeneizar la tipificación de conductas penales y fomenta mecanismos de cooperación internacional.

Su objetivo es prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo (art. 1). De una forma similar a otros tratados internacionales, esta Convención no cuenta con una definición que explique el fenómeno combatido; en su lugar, el artículo 2 establece una lista de diez tratados cuyas violaciones serían, para la CIACT, actos terroristas. Su inclusión obedecería a un consenso en el derecho internacional sobre qué se puede entender como un acto de esta naturaleza, lo que incluye, entre otros: *i)* atacar aeronaves e instalaciones aeroportuarias civiles; *ii)* atacar instalaciones fijas ubicadas en la plataforma continental marítima; *iii)* atentar contra medios usados para la seguridad marítima; *iv)* atacar instalaciones con materiales nucleares; *v)* la toma de rehenes o el uso de bombas contra la población civil, y *vi)* el financiamiento del terrorismo.

Dado que no todos los tratados incluidos en el artículo 2 de la Convención han sido ratificados por los miembros de la OEA, el artículo 2.2 posibilita a los Estados excluir la aplicación de un determinado tratado incluido en el artículo 2, en caso de que no lo hubiesen ratificado. Hasta la fecha, esta cláusula *opt-out* ha sido utilizada por Colombia, Ecuador, Guatemala y Venezuela, mientras que Costa Rica remite la aplicación de este artículo a lo dispuesto en su legislación penal interna.

Luego de enlistar los tratados que describen actos terroristas y de exhortar a los Estados a ratificarlos e implementarlos (art. 3), la CIACT se centra en las medidas para prevenir y suprimir el financiamiento del terrorismo (art. 4). Esto incluye la adopción de medidas de supervisión de servicios bancarios, la vigilancia de movimientos financieros transfronterizos y facilidades para la cooperación e intercambio de información entre autoridades estatales. Igualmente, se exhorta a los Estados a que las figuras de embargo y decomiso de bienes (art. 5), así como las normas sobre lavado de activos (art. 6), sean aplicables a los actos terroristas descritos en el artículo 2 de la Convención.

Los artículos 7 a 10 desarrollan mecanismos de cooperación internacional. La CIACT hace especial énfasis en la articulación e intercambio de in-

formación en zonas fronterizas y aduaneras (art. 7), con el fin de prevenir el ingreso de personas sospechosas de estar involucradas en actos terroristas y luchar contra el tráfico ilegal de armas. Luego, la Convención desarrolla pautas de asistencia jurídica mutua (art. 9) y describe mecanismos aplicables al traslado de personas bajo custodia hacia otro Estado (art. 10).

Un comentario aparte merece el artículo 8, referido a la cooperación estatal. Este es el objeto esencial del tratado, desarrollado tanto en su preámbulo como en su artículo 1. Formalmente, esta disposición pudo haber sido incluida luego de haber identificado la lista de actos terroristas en el artículo 2. Sustancialmente, los verbos rectores usados en este artículo son “colaborarán”, “establecerán” y “mejorarán”. Dado que esta Convención se centra en la importancia y en la necesidad de contar con mecanismos eficientes de cooperación regional, esta norma pudo haber sido más específica en cuanto a los compromisos requeridos a los Estados para cumplir con este fin.

Los artículos 11 a 13 son disposiciones que han sido objeto de declaraciones interpretativas por parte de algunos de los Estados parte. El primero de ellos prevé que los actos terroristas descritos en su artículo 2 no pueden ser considerados como delitos políticos, mientras que los preceptos 12 y 13 disponen que las solicitudes de refugio o asilo no serán reconocidas a personas sospechosas de haber cometido algún acto terrorista. Sobre este punto, Chile, Costa Rica y México han depositado declaraciones interpretativas determinando que el asilo es un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que, por tanto, sus funcionarios respetarán este derecho por ser una prerrogativa estatal. Costa Rica hace lo mismo respecto a la figura del refugio y en los procesos de extradición.

El artículo 14 es una norma de no discriminación, que señala que un Estado no está obligado a prestar asistencia jurídica a otro Estado si es que existen razones fundadas para creer que una solicitud “[...] ha sido hecha con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política o si el cumplimiento de la solicitud causaría un perjuicio a la situación de esa persona por cualquiera de estas razones”. Esta norma debería ser entendida como una forma de proteger a las personas de acusaciones políticamente motivadas o sin base probatoria. Sin embargo, se debe advertir una leve contradicción entre esta norma que busca evitar el traslado de una persona por sus opiniones políticas, frente a la prohibición de que un Estado conceda el asilo o refugio (arts. 12 y 13), el cual podría estar motivado por amenazas o procesos iniciados por la posición política de una persona.

El artículo 15 reconoce que la aplicación de esta Convención se hará de acuerdo con los derechos humanos y las obligaciones internacionales de los Estados establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA y el derecho de los refugiados. A su vez, se garantiza el respeto de todos los derechos y un trato justo a toda persona detenida o procesada por actos de terrorismo. Esta norma es importante, pues por lo general las leyes antiterroristas suelen tener problemas de compatibilidad con los derechos humanos, particularmente con garantías procesales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) durante los años noventa es un claro ejemplo de esto. El referido artículo 15 pudo haber hecho una

referencia expresa a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, aplicable a todos los Estados miembros de la OEA, así como a la CADH. A su vez, más que un trato justo, la CIACT requiere siempre el respeto al debido proceso y a las garantías judiciales.

Por su parte, los artículos 16 a 19 desarrollan lineamientos sobre cómo se puede realizar esta cooperación internacional. El artículo 16 se refiere a programas de capacitación, mientras que el 18 exhorta a los Estados a realizar consultas periódicas referidas a la implementación de la CIACT y la sistematización de buenas prácticas. El precepto 19 es una reiteración de un principio general de la OEA, referido al respeto a la jurisdicción y soberanía de los Estados.

El artículo 17 de la Convención identifica al Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), creado por la Asamblea General de la OEA en 1999, como la principal entidad encargada de asistir a los Estados en el cumplimiento de la CIACT. El CICTE ha sido la entidad encargada de prestar asistencia técnica a los Estados, de articular esfuerzos regionales y de reportar anualmente las actividades de implementación del tratado. Esto no excluye que, dependiendo de la materia, otras entidades de la OEA (art. 4) u órganos estatales lideren ciertos procesos de implementación. La parte final de la CIACT (arts. 20 a 22) regula el depósito, la entrada en vigor y denuncia de la Convención.

Para finalizar, se puede hacer un comentario sobre el impacto que este tratado ha tenido, específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La CIACT ha sido utilizada como referencia por la Corte IDH en los casos *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (sentencia de 29 de mayo de 2014, núm. 279) y *Pollo Rivera y otros vs. Perú* (sentencia de 21 de octubre de 2016, núm. 319). En el primero utilizó el preámbulo para determinar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse respetando plenamente los derechos humanos e instituciones democráticas, mientras que en el segundo recuerda el cuidado que debe tener un Estado para respetar el principio de legalidad, con el fin de evitar que tipos penales comunes se vean cubiertos por una legislación especial antiterrorista.

No debe sorprender la escasa referencia de la CIACT en el SIDH. En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos fue publicado en octubre de 2002, antes de la entrada en vigor de la Convención. De una forma similar, la Corte IDH ya había establecido en los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*, *Barrios Altos vs. Perú* y *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, entre otros, sus estándares para analizar leyes antiterroristas frente a la CADH. Además, el objeto de la CIACT es la cooperación frente al terrorismo internacional, mientras que el SIDH se dedicó a casos de terrorismo interno.

Salvador Herencia Carrasco

227. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (RECEPCIÓN EN BRASIL)

Brasil puso punto final a la discusión sobre la estatura jurídica de las convenciones de derechos humanos que ingresaban a su orden interno realizando una modificación al texto de la Constitución de 1988. Así, a partir de la Enmienda 45 de 30 de diciembre del 2004, que adicionó el párrafo tercero al artículo 5

de la carta, las convenciones con ese valioso contenido fueron recibidas como actos equivalentes a enmiendas constitucionales. Con esa nueva cobertura, y pasados 16 años desde la promulgación del texto constitucional, la primera convención recibida fue, precisamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas.

En efecto, por medio del Decreto legislativo 186 de 2008, el Congreso aprobó la Convención, que fue cuatro años más tarde ratificada por el presidente de la República, a través del Decreto 6649 de 2009.

A pesar de la tardanza, es importante advertir que además de esta Convención, solo otro instrumento internacional —el Tratado de Marrakech, de 2008, que consagra medidas para facilitar el acceso a la lectura en favor de las personas con discapacidad visual— fue introducido en el orden jurídico brasileño. De esa manera, abierta la compuerta constitucional, ingresaron dos instrumentos para favorecer a las personas con discapacidad.

La Convención de la ONU trajo grandes novedades. Merece especial atención el nuevo concepto de persona con discapacidad, que causó gran impacto en el orden normativo interno debido a que el sistema brasileño hasta ese momento abordaba el tema apenas sobre el aspecto estrictamente médico. De esa manera, la declaración médica era suficiente para comprobar la situación de la persona con discapacidad y, dentro de la legislación existente, permitir que recibiera beneficios y participara de concursos públicos en situación ventajosa, entre otras medidas de relieve (esos derechos pueden ser encontrados de forma detallada en Araujo, 2011).

La Convención abandonó ese concepto y pasó a adoptar un concepto socioambiental. A partir de este, no basta que la persona se encuentre en situación de discapacidad, sino que tendría que ser analizada tomando en cuenta la realidad en la que desarrolla o pretende realizar sus actividades. En consecuencia, se tornó mucho más importante la idea de potencialidad de la persona. Como era de esperarse, para conferir esa potencialidad fue necesario alterar el sistema de verificación de las discapacidades, abandonando el modelo médico y creando las condiciones para que fueran verificadas atendiendo a las condiciones de relacionamiento de la persona. Por eso, adquirió una relevancia mucho mayor el equipo interdisciplinario, impactando en las tareas del poder judicial. Así, no puede el juez, aisladamente, determinar cuáles son las potencialidades de la persona. La ayuda del médico, del psicólogo, del fisioterapeuta, del terapeuta ocupacional, entre otros profesionales, es fundamental para ayudar a determinar, a partir de sus conocimientos y pericia, las potencialidades de cada persona.

Dentro de esta Convención, un punto destacable es el de la accesibilidad, porque se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental o garantista, es decir, apto para viabilizar el ejercicio de otros derechos. En ese sentido, el derecho de locomoción solo puede ser ejercido si hay accesibilidad, o el derecho a la salud solo puede ser ejercido si se posibilita que la persona con discapacidad consiga llegar al hospital o a la clínica. No es imaginable que una persona sin accesibilidad pueda ejercer derechos y vivir con plena dignidad en el contexto de una sociedad que registra avances de todo tipo. Por eso la importancia del tema, que en la Convención ocupa un lugar destacado.

En el ámbito interno, la Convención originó la expedición de la Ley Brasileña de Inclusión de la Persona con Discapacidad —Ley 13146 de 2015—,

también conocida como Estatuto de la Persona con Discapacidad. Este nuevo complejo normativo se constituyó en el medio para aproximar los conceptos genéricos de la Convención a la realidad normativa brasileña, otorgándole aplicabilidad inmediata. Y no fue sin razones justas que la ley de 2015 consideró que el administrador público que deje de atender las reglas de accesibilidad será juzgado por improbidad administrativa, siendo su patrimonio personal garantía de los daños causados a la sociedad.

En efecto, atendiendo a esa visión, el artículo 11 de la Ley 8429 de 1992 (Ley de Improbidad Administrativa) incluyó la fracción IX que actualmente señala como improbidad administrativa el “dejar de cumplir la exigencia de requisitos de accesibilidad previstos en la legislación”.

A pesar de que la Convención fue recibida a partir de la nueva cláusula constitucional, así como del hecho de que la ley le haya proporcionado una instrumentalización más efectiva, lo cierto es que aún hay cierta dificultad en la Administración para adoptar el nuevo concepto. En muchos casos hay claras oposiciones a la nueva comprensión, pues se trata de algo más especializado y que genera una carga mayor de tareas; sin embargo, es deber de todos promover las potencialidades de los seres humanos, incluyendo, con especial atención, a las personas con discapacidades.

*Luiz Alberto David Araujo
Pietro de Jesús Lora Alarcón*

228. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La corrupción se ha convertido en un fenómeno mundial negativo de grandes dimensiones. Hoy se distingue a la corrupción regular de la denominada “gran corrupción”, entendida como aquella que es desarrollada por autores con gran poder político o económico, que moviliza grandes cantidades de recursos y tiene un impacto nocivo en los derechos fundamentales de millones de personas. Según el último Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (IPC, 2017), más de dos terceras partes del planeta padecen de gran corrupción.

En el contexto internacional de un mundo globalizado, la corrupción no solamente es un problema en el ámbito interno de los Estados que profundiza la pobreza y aumenta la desigualdad, sino que también afecta la gobernabilidad. De igual manera, es un problema que atenta contra la seguridad mundial y la relación entre Estados, tal como se demostró con los atentados de 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos de América.

En el contexto del continente americano, los Estados, conscientes de la amenaza que presenta la corrupción, tanto para su desarrollo económico como para la estabilidad democrática y el mantenimiento de la paz en la región, adoptaron un instrumento destinado a crear un marco común de lucha contra este flagelo, que además permitiera contar con mecanismos de cooperación entre ellos mismos.

En esta dinámica, los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), luego de sostener diversas reuniones para discutir la viabilidad de una convención regional contra la corrupción, aprobaron, el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, el primer instrumento internacional de este tipo: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Los

35 Estados miembros de la OEA son parte de este tratado que, conforme a su artículo XXV, entró en vigor un año después, el 6 de marzo de 1997.

Siguiendo la ruta abierta por los países del continente americano, luego otras regiones aprobaron similares convenciones: la Unión Europea, en 1997, la Unión Africana, en 2006, y la Unión de los Estados Árabes. Posteriormente surgió una tendencia internacional en igual sentido, que se plasmó en la Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 1997) y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés, 2003).

La CICC tiene un doble objetivo —uno interno y otro regional—, señalado en su artículo II: “1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

En este sentido, propone un conjunto de medidas destinadas a prevenir la corrupción (normas de conducta, sistemas de control, sistemas de denuncia, participación de la sociedad civil, etc.), para luego fijar su ámbito de aplicación y un conjunto de reglas y compromisos para los Estados parte. Si bien la Convención no define qué es la corrupción (Transparencia Internacional lo hace de manera amplia, describiéndola como el “abuso de una posición pública para obtener un beneficio privado”), consigna los actos a los que esta será aplicable (arts. VI.1, VIII y IX) y exige que los Estados parte adopten las medidas necesarias para tipificarlos en su legislación interna. También dispone que los países que la adopten deben sancionar los delitos de soborno transnacional y enriquecimiento ilícito, en los términos que propone su texto.

En su artículo XIII fija algunas reglas para la aplicación de la extradición, y luego señala como principio que los países se prestarán la más amplia asistencia recíproca, no pudiendo, entre otras razones, negarse a cooperar amparándose en el secreto bancario (art. XVI.1).

Finalmente, establece algunos mecanismos operativos, como la designación de una autoridad central (art. XVIII), su aplicación en el tiempo (art. XIX) y los mecanismos de denuncia de la propia convención (art. XXVI).

Cabe resaltar que la CICC no previó un sistema de monitoreo de su implementación; sin embargo, la Primera Conferencia de los Estados Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptó la Resolución AG/RES.1784 (XXXI-O/01) en el contexto de la Asamblea General de la OEA (San José, Costa Rica), donde se creó un Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).

Como su nombre lo indica, el MESICIC es un mecanismo de control intergubernamental, compuesto de dos órganos, encargado de verificar el avance de los Estados en el cumplimiento de la CICC. El primer órgano, de carácter político, es la Conferencia de los Estados parte, y el segundo es el Comité de Expertos, órgano cuasijurisdiccional que controla la implementación de la CICC por medio de un proceso de evaluación mutua o recíproca. El Comité remite, al final de su evaluación, un informe nacional en el cual pue-

de incluir recomendaciones a los Estados en los ámbitos donde encuentran vacíos o cuando consideran que se requieren mayores avances. La convención reconoce la necesaria participación de la sociedad civil en materia de lucha contra la corrupción. Es así que, además de los Estados investigados, la sociedad civil puede contribuir al proceso de evaluación, proveyendo información sobre cumplimiento de la CICC al Comité de Expertos.

José Ugaz

229. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

La discriminación es el trato diferenciado y perjudicial que se le da a una persona o un grupo de personas por su origen étnico o nacional, sexo, edad, condición social, posición económica, estado de salud física o mental, estado civil, condición migratoria, preferencias sexuales, identidad de género, características físicas, lengua, religión, opiniones, entre muchas otras. La intolerancia es el desprecio y la falta de respeto a las ideas, las creencias, las condiciones, las preferencias o las opiniones ajenas cuando son diferentes y opuestas a las propias.

Este trato diferenciado e irrespetuoso deriva en la negación del acceso en condiciones de igualdad a los derechos fundamentales y a las libertades de las que debemos de gozar todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo. La discriminación tiene un serio impacto en la vida de las personas y puede ir desde soportar comentarios hirientes hasta la comisión de crímenes de odio motivados por la intolerancia.

Alarmada por los índices de violencia y las conductas discriminatorias persistentes en la región, la Organización de los Estados Americanos aprobó, en 2013, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, el primer instrumento internacional en la materia jurídicamente vinculante, y con ello puso a este organismo regional a la vanguardia en la lucha contra todas las formas de discriminación.

La Convención está integrada por 22 artículos dispuestos en cinco capítulos. El primero establece que la discriminación puede estar basada en motivos de “nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

El siguiente capítulo contempla los derechos protegidos, a saber, la igualdad de todas las personas ante la ley, la protección contra toda forma de discriminación, ya sea *en el ámbito público o en el privado*, y el derecho de todas las personas al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades fundamentales.

El tercer capítulo marca los deberes y compromisos de los Estados para prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, acorde a sus derechos constitucional y convencional. Establece, además, una serie de prohibiciones a los Estados, por ejemplo, la elaboración y utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos.

En el cuarto capítulo se recogen los mecanismos de protección y seguimiento de la Convención, es decir, su efectividad, y señala que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la Convención.

Contempla también la creación de un Comité Interamericano para combatir la discriminación en todas sus formas.

Finalmente, el capítulo cinco refiere la entrada en vigor y la vigencia de la Convención que, al día de hoy —22 de agosto de 2019— ha sido firmada por 12 países, incluido México, pero ha sido ratificada solamente por Uruguay, por lo que no ha entrado en vigor.

La entrada en vigor de la Convención resulta trascendente porque a partir de entonces la protección será operativa y funcional. Desde la reforma constitucional en derechos humanos de 2011, todas las autoridades tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos contemplados en la propia Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas. Esto quiere decir que las y los impartidores de justicia deben ejercer el control de convencionalidad, esto es, aplicar los instrumentos internacionales, como la Convención —cuando entre en vigor— en los casos que conocen, garantizando a los justiciables siempre la igualdad, la tolerancia y la no discriminación basada en los motivos en ella enumerados.

Ana Reyes Retana Lasa

230. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Antecedentes. Es un instrumento que adoptaron los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 (México lo suscribió en la misma fecha y lo ratificó el 25 de enero de 2001). La Convención entró en vigor el 14 de septiembre del mismo año. En virtud de su artículo 6, el 28 de febrero de 2007 se instaló en Panamá el Comité de Seguimiento de la Convención, integrado por un representante designado por cada Estado parte, con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la misma.

Cuestiones generales. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Las personas con discapacidad han sido discriminadas, excluidas socialmente y despreciadas por su condición, lo que ha dado lugar a que se les niegue la titularidad de derechos fundamentales y el acceso a oportunidades de desarrollo. Se les ha negado el acceso a educación, trabajo, seguridad social y otros bienes sociales, así como a derechos que son esenciales para garantizar una vida digna. Además, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación no han estado al alcance de estas personas.

La Convención señala que el término “discriminación contra las personas con discapacidad” supone “toda distinción, exclusión o restricción basada en

una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

Objetivos y medidas establecidas para lograrlos. Su finalidad es la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Para lograrlo, los Estados parte se comprometen a: *i)* adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación; entre otras, las siguientes: *a)* medidas de autoridades gubernamentales y entidades privadas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, así como las actividades políticas y de administración; *b)* medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso a las personas con discapacidad; *c)* medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar su acceso y uso por parte de las personas con discapacidad, y *d)* medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna sobre esta materia estén capacitadas para hacerlo, y *ii)* trabajar prioritariamente en las siguientes tareas: *a)* prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles; *b)* detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida a las personas con discapacidad, y *c)* sensibilizar a la población a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales en dignidad, derechos y oportunidades, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

Ahora bien, las medidas anteriores requieren cooperación y colaboración entre las naciones, por lo que la Convención dispone que los Estados parte deben: *i)* cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, y *ii)* colaborar de manera efectiva en: *a)* la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, el tratamiento, la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas con discapacidad, y *b)* el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad. Además, los Estados parte deben promover, en la medida en que sea compatible con sus respectivas legislaciones nacionales, la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajen en este campo o, de no existir dichas organizaciones, personas en dicha situación, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la presente Convención. De igual manera, están obligados a

crear canales de comunicación eficaces que permitan difundir entre las organizaciones públicas y privadas que trabajan con las personas con discapacidad los avances normativos y jurídicos que se logren para la eliminación de la discriminación en su contra.

Elisa Ortega Velázquez

231. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia contra la mujer, en todas sus formas, es una preocupación muy seria de los movimientos contemporáneos feministas en las Américas. El reconocimiento del problema, después de haber sido ignorado por tantos años, se ha convertido en una prioridad para la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, y el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba), la CIM fue el primer órgano intergubernamental en el mundo creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer.

En 1990, la CIM convocó a la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia. Esta reunión extraordinaria para tratar específicamente el tema de la violencia que afecta a la mujer, definió el problema de la siguiente manera: “En su sentido más amplio, se entiende que la violencia comprende la agresión física, sexual y psicológica contra la mujer. No respeta ningún sector de la sociedad, y aunque el predominio de este problema puede parecer un fenómeno reciente, o de mayor ocurrencia actual... este aumento aparente de la violencia tiene su origen básicamente en el hecho de que el tema de la violencia contra la mujer ya no está escondido ni es prohibido”.

En 1993, la Reunión Intergubernamental de Expertas para Considerar el Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Mujer y la Violencia celebró dos sesiones (en abril y octubre) y logró sus objetivos con tanta minuciosidad y celeridad que la CIM pudo convocar a una Asamblea Extraordinaria de Delegadas en abril de 1994 para estudiar y adoptar la Convención para presentarla a la Asamblea General. Después de ser adoptada por el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que tuvo lugar en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, varios gobiernos de los Estados miembros firmaron inmediatamente. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, no solo reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, sino que la define en la esfera pública y privada. Hasta la fecha, treinta y dos Estados miembros de la OEA han adoptado y/o ratificado esta convención interamericana.

El 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil, se firmó la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Consta de cinco capítulos que contienen 25 artículos en total. El capítulo I es “Definición y ámbito de aplicación”, el capítulo II “Derechos protegidos”, el capítulo III “Deberes de los Estados”, el capítulo IV “Mecanismos interamericanos de protección”, y el capítulo V “Disposiciones generales”.

En su art. 1o. la Convención define la violencia contra la mujer como “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...”.

El principal derecho que protege esta Convención es el que se encuentra en el art. 3o.: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, se refieren esencialmente a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (art. 7o.).

Como mecanismo de protección, se prevé que los Estados partes informen a la Comisión Interamericana de Mujeres acerca de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer (art. 10).

Los Estados partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del art. 7o. de la presente Convención por un Estado parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 12).

Hasta la fecha (2013) es el único instrumento internacional vinculante sobre el tema específico de la violencia contra las mujeres.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

232. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXTRADICIÓN

La Convención Interamericana sobre Extradición (CIE) fue adoptada en la ciudad de Caracas, Venezuela, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Extradición, celebrada el 25 de febrero de 1981. La CIE entró en vigor el 28 de febrero de 1992, el trigésimo día después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 31. El depositario de este convenio es el secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Pueden ser parte de esta Convención todos los Estados miembros de la OEA y también puede adherirse a ella cualquier Estado americano o el que tenga la calidad de observador permanente de la OEA, previa aprobación de la Asamblea General de la organización. Para el caso de aquellos Estados que hayan ratificado o adherido con posterioridad a la entrada en vigor de la CIE, el instrumento regirá 30 días después de haberse depositado el respectivo instrumento de ratificación o adhesión. La CIE no deja sin efecto tratados multilaterales o bilaterales vigentes o concluidos con anterioridad, salvo que haya declaración expresa

de voluntad de los Estados parte, o bien, un acuerdo de estos en contrario. La CIE es una expresión de la cooperación internacional penal.

Cooperación judicial internacional. El instrumento se inserta en el contexto de la cooperación judicial internacional en materia penal. Consecuentemente, se vincula con lo que se puede llamar el derecho penal internacional, para distinguirlo del derecho internacional penal. Esta colaboración representa, sobre todo, un acto de solidaridad entre Estados (Prado Saldarriaga, 1994). Adicionalmente, debe recordarse que en esta materia opera el principio general de buena fe consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, considerando que en estas materias resulta aplicable también el derecho constitucional y el orden jurídico interno de los Estados, “cualesquiera que sean las condiciones previstas por el derecho interno o por un tratado en relación con la extradición, no se deben aplicar de mala fe, con el efecto de proteger a un presunto infractor de su enjuiciamiento en una jurisdicción penal competente o de su extradición a esta”, como menciona la Comisión de Derecho Internacional (N.U. A/69/10, 2014, párr. 59).

Se puede conceptualizar la cooperación judicial internacional como “un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados, y que tiene por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados” (Prado Saldarriaga, 1994). En estrecha vinculación con la cooperación judicial internacional se encuentra la cooperación procesal internacional, que se define como “una parte del derecho procesal internacional, que a su vez es una rama importante y complementaria del derecho internacional privado, su contenido comprende las reglas de jurisdicción y de competencia, así como la solidaridad y el auxilio que recíprocamente se presten los tribunales de diferentes países para la administración de la justicia” (José Luis S., 1988). Ana Elizabeth Villalta resalta la importancia de la cooperación judicial internacional en el contexto de un mundo globalizado, señalando que se ha convertido en uno de los “instrumentos más eficaces y necesarios para el combate de la delincuencia organizada transnacional, así como en cualquier actividad de auxilio judicial, propiciada por el continuo y cotidiano hecho del tránsito de personas entre los Estados, lo que ha provocado su evolución hacia la incorporación de nuevas estructuras y mecanismos de cooperación judicial internacional que facilitan la aplicación de los instrumentos internacionales existentes sobre cooperación judicial internacional con el objeto de mejorarla, simplificarla y acelerarla” (Villalta, 2013, p. 51).

El entendimiento preciso de la cooperación judicial internacional permite comprender por qué, en el caso de los tratados sobre extradición, ellos se insertan en un contexto de derecho penal internacional, más que de derecho internacional penal. En efecto, el derecho penal internacional se refiere a un conjunto de reglas penales nacionales, generalmente sustantivas, que involucran a dos o más Estados, por lo que en su determinación y aplicación se recurre a los principios y reglas que tradicionalmente rigen las relaciones entre Estados, *i.e.*, las normas convencionales, las normas consuetudinarias y los principios generales (Aguilar Cavallo, 2007). Entre estos principios generales se encuentra el de utilidad, cortesía internacional (*comitas gentium*), reciprocidad, equidad y justicia; asimismo, “comprende el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados para

la administración de justicia” (Villalta). Cabe señalar que la asistencia mutua entre Estados en materia penal no suele usarse para ilícitos de escasa envergadura, sino lo contrario. De hecho, Víctor Prado (1994) refiere que “puede ser utilizada contra formas de criminalidad convencional o no convencional; contra delitos que afecten bienes jurídicos”. Ahora bien, cuando la cooperación judicial se produce entre un Estado y una organización internacional, como la Corte Penal Internacional, pasamos al derecho internacional penal, es decir, a un derecho de producción internacional aplicable a ilícitos primariamente tipificados por el derecho internacional y que generan responsabilidad internacional penal individual (Aguilar Cavallo, 2007, pp. 1-9).

Antecedentes y origen histórico. Existen otros instrumentos en la región americana relacionados con la extradición y la cooperación internacional en materia jurídico-penal y, por tanto, con la CIE de 1981, que le sirven de antecedente, algunos de los cuales ya no están vigentes. En este sentido, se pueden mencionar en orden cronológico: el Tratado de Extradición Americana, firmado en Lima el 27 de marzo de 1879, entre Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Guatemala, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela; el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, adoptado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay (revisado por el Tratado de Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado); el Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo, adoptado en 1902 en la Segunda Conferencia Internacional Americana; la Convención sobre Extradición de Criminales, suscrita en la ciudad de Washington el 20 de diciembre de 1907 (no se encuentra vigente, ya que fue sustituida por la Convención de Extradición suscrita en la ciudad de Washington, el 7 de febrero de 1923); el Acuerdo sobre Extradición, adoptado en Caracas el 18 de julio de 1911, por Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela; la Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrita en la Habana, Cuba, el 13 de febrero de 1928; la Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana; la Convención Centroamericana de Extradición, suscrita en Guatemala el 12 de abril de 1934. Asimismo, habría que considerar como un instrumento relacionado, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada el 23 de mayo de 1992, durante el 22º periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y su Protocolo Facultativo, adoptado en Managua el 11 de junio de 1993. Consecuentemente, como ha señalado Siqueiros (1998), “la preocupación por regular jurídicamente las instituciones de la extradición y el asilo, tanto territorial como diplomático, destaca en el derecho convencional del siglo pasado.” Finalmente, según Elena del Mar García Rico (2008), todos estos tratados responden al interés de los Estados “por hacer frente al proceso de globalización experimentado por la criminalidad en la sociedad internacional contemporánea.”

Hasta noviembre de 2018, según la información visible en el sitio web de la OEA, la CIE ha sido firmada por los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay. Y, por su parte, los siguientes Estados la han ratificado:

Antigua y Barbuda, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Santa Lucía, Venezuela. Guatemala realizó una declaración interpretativa respecto de los artículos 7 y 8 al momento de firmar, mientras que Haití formuló una reserva.

Objetivos. La CIE tiene por objeto: a) evitar la impunidad de los delitos; b) simplificar las formalidades, y c) permitir la ayuda mutua en materia penal. No hay que olvidar que las variadas formas de cooperación internacional en materia penal son “fórmulas basadas en el principio de reciprocidad como expresión soberana de los Estados” (García Rico, 2008, p. 383). Asimismo, la extradición tiene un campo limitado, *i.e.*, reclamar a otro país a quien se busca o persigue para que sea juzgado o para que cumpla la condena que le fue impuesta, de manera que constituye un mecanismo de cooperación cronológicamente posterior a la asistencia judicial y no la presupone necesariamente.

El fin de la Convención es desarrollar la cooperación judicial internacional con el pleno respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que quizás, se puede considerar un gran avance respecto del modelo tradicional de tratados internacionales de cooperación judicial en materia penal anteriores. Resulta interesante, y a tono con los avances en materia de protección de la dignidad humana, el interés reflejado en la CIE (*v. gr.*, en sus arts. 4, 5 y 9) de proteger “los derechos humanos fundamentales en la regulación de este mecanismo de cooperación internacional penal” (García Rico, 2008, p. 389).

Delitos respecto de los cuales procede. Para los efectos de la CIE, el Estado que solicita la extradición es el requirente y el Estado a quien se la solicita es considerado el requerido. La CIE impone a los Estados parte, en su artículo 1, la obligación de “entregar a otros Estados parte que lo soliciten, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad”.

En este sentido, el artículo 3.1. señala la regla general respecto de los delitos que dan lugar a la extradición, a saber, “es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos, prescindiendo de circunstancias modificativas y de la denominación del delito; esté sancionado en el momento de la infracción, con la pena de privación de libertad por dos años como mínimo, tanto en la legislación del Estado requirente como en la del Estado requerido, salvo el principio de la retroactividad favorable de la ley penal.” En este caso, la CIE impone una exigencia no solo en cuanto a la envergadura del ilícito penal, sino también la “exigencia de verificación de la doble incriminación como requisito general” (García Rico, 2008).

Reglas de procedimiento. Como se ha mencionado, uno de los objetivos principales de la CIE es simplificar las formalidades del procedimiento de extradición. De acuerdo con su artículo 10, la solicitud de extradición puede ser formulada por la vía diplomática o directamente de gobierno a gobierno “según el procedimiento que uno —Estado requirente— y otro —Estado requerido— convengan”. Junto a la solicitud de extradición deberán acompañarse los documentos de prueba que señala el artículo 11, “debidamente autenticados en la forma prescrita por las leyes del Estado requirente”. De acuerdo con el artículo 17, “el Estado requerido comunicará sin demora al Estado requirente su decisión respecto a la solicitud de extradición y las razones por

las cuales se concede o se deniega”. De conformidad con este mismo artículo, el Estado requerido puede conceder la extradición sin cumplir con las formalidades anteriores, siempre que: “a) sus leyes no la prohíban específicamente, y b) la persona reclamada acceda por escrito y de manera irrevocable a su extradición después de haber sido informada por un juez u otra autoridad competente acerca de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que este le brinda.” En este sentido, si se contrasta abstractamente la extradición simplificada con los estándares mínimos del derecho de acceso a la justicia, quizá quedarían espacios de duda a este respecto.

Improcedencia de la extradición. En términos generales, puede haber motivos de denegación relacionados con el delito, *u. gr.*, la prescripción; el incumplimiento de los requisitos de doble incriminación; que se trate de un delito político o conexo, o bien, no tan relacionados con él, como la concesión de asilo a la persona (N.U. A/69/10, 2014, párr. 58). En este sentido, cabe resaltar que la CIE, en su artículo 4, recoge “la prohibición expresa de conceder la extradición respecto de delitos políticos o conexos que ha caracterizado históricamente esta institución” (García Rico, 2008, p. 389). De acuerdo con el artículo 8, “cuando correspondiendo la extradición, un Estado no entregar a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si este hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.” Dicho de otro modo, el Estado requerido que, estando obligado a extraditarlo, no lo hace, queda obligado a juzgarlo.

El artículo 9 de la CIE adquiere especial importancia, ya que indica que “los Estados Partes no deberán conceder la extradición cuando se trate de un delito sancionado en el Estado requirente con la pena de muerte, con la privación de libertad por vida o con penas infamantes, a menos que el Estado requerido obtuviera previamente del Estado requirente, las seguridades suficientes, dadas por la vía diplomática, que no impondrá ninguna de las citadas penas a la persona reclamada o que, si son impuestas, dichas penas no serán ejecutadas.” Esta disposición expresa un consenso ampliamente compartido por la comunidad internacional —particularmente la latinoamericana— en torno a la pena de muerte, en relación con un principio de no regresión, que establece la regla de que aquellos Estados que han abolido la pena de muerte ya no podrán restablecerlas, establecido en el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El consenso, que no requiere ser unánime, gira en torno a que “la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y elimina toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado”, como se señala en el Preámbulo del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

En definitiva, el principio básico que se intenta difundir es el tránsito de los ordenamientos jurídicos interamericanos hacia la abolición de la pena de muerte. Igualmente, este precepto es manifestación de conquistas que expresan mínimos civilizatorios en el ámbito de la determinación de penas penales (García González y Pérez Francesch, 2015, pp. 1-16). Por esta razón, por ejemplo, en el control efectuado por la Corte Suprema de Costa Rica a la CIE, se señaló que “en cuanto al artículo 9 de la Convención, este no es in-

constitucional, si se interpreta y aplica en el sentido de que no se concederá la extradición, si Costa Rica no recibe del Estado requirente la seguridad jurídica absoluta de que la pena de muerte, cadena perpetua o pena infamante no será impuesta ni aplicada” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, exp. 99-007158-007-CO-C, res. 08292-99, “Consulta preceptiva de constitucionalidad”, sentencia de 29 de octubre de 1999).

Gonzalo Aguilar Cavallo

233. **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

En adelante CIPDHPM o Convención, fue firmada el 15 de junio de 2015 en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington, por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, a los que se sumó Bolivia en 2016. Ha sido ratificada por Costa Rica (12 de octubre de 2016), Uruguay (7 de noviembre de 2016), Bolivia (13 de marzo de 2017), y recientemente se han adherido El Salvador (18 de abril de 2018) y Ecuador (12 de febrero de 2019). Por su parte, Argentina (30 de junio de 2017) y Chile (11 de julio de 2017) la ratificaron de manera temprana, pero con reservas.

Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en el propio instrumento.

La multiplicidad de las fuentes normativas existentes con anterioridad a la Convención, su distinta categoría jurídica y su alcance regional o variedad de contenido complejizaban la definición de los derechos mínimos de este grupo etario en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata del primer tratado vinculante en el mundo que protege el abanico de derechos de las personas mayores de manera íntegra y completa.

Este sus aciertos figuran los siguientes: es un instrumento aterrizado en las necesidades reales y la vida cotidiana de las personas mayores, toma en cuenta la multiculturalidad de la región, la desigualdad, las múltiples vejezes, y todo ello con perspectiva de género. Asimismo, incluye una agenda progresista, dando cauce a las reivindicaciones de los sectores más vanguardistas.

Por otra parte, incluye tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las personas mayores. Esta tridimensionalidad (civil, política y social) es digna de subrayarse, dado que otros instrumentos de gran relevancia como el Protocolo adicional de San Salvador (1988) introduce exclusivamente la parte de derechos sociales, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José, de 1969, vigente desde 1978) establece solo derechos civiles y políticos.

La CIPDHPM también destaca por integrar las esferas que están divididas en el Sistema Interamericano: Corte y Comisión, dándole competencia a ambas, mientras que el Protocolo de San Salvador les da competencia solo respecto a dos derechos sociales: derecho a la educación y derechos sindicales.

En la elaboración de la CIPDHPM han participado tanto juristas como especialistas en gerontología y envejecimiento. Es un instrumento de vanguardia que establece conceptos básicos en la materia tal y como corresponde al primer instrumento vinculante de esta naturaleza en el mundo. Entre estos conceptos figuran los de:

Actividades de la vida diaria (AVD): escalas que evalúan la capacidad de la persona para realizar las actividades diarias. Se pueden distinguir dos componentes: *AVD* elementales o básicas, como vestirse, alimentarse y comunicarse, y *AVD* instrumentales, es decir, tareas más complejas asociadas a una vida totalmente independiente (como tomar un medicamento o preparar una comida).

Consentimiento libre e informado, que comprende dos exigencias básicas: informar y obtener la adhesión libre de la persona. Será la persona mayor en el ejercicio de ese principio la que decida plena y libremente la aceptación de lo propuesto. En principio, se presupone la capacidad efectiva de poder tomar decisiones libremente con base en la plena capacidad jurídica, si bien hay casos excepcionales en que no la hay.

Cuidados paliativos: la atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan.

Discriminación por edad en la vejez: cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

Envejecimiento: proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

Envejecimiento activo y saludable: proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a personas como a grupos de población.

Maltrato: acciones u omisiones, realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurran en una relación de confianza. Es poco fiable que solo se tenga en cuenta la denuncia directa o la opinión de familiares o cuidadores. Se deberá recurrir a signos de alarma indirecta que detecten focos de maltrato, como puede ser la depresión, la recurrencia en la hospitalización, las caídas sin causa que las justifique, y la no ingesta de medicamentos prescritos.

Negligencia: error involuntario o falta no deliberada, incluidos, entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias.

Persona dependiente: aquella que presenta limitaciones para realizar una o varias actividades básicas de su vida, como vestirse, lavarse o cocinar. Hay personas mayores dependientes y personas mayores no dependientes. La dependencia no va asociada a la edad, aunque en los tramos de edad más avanzada, esto es, personas muy mayores, es más probable la dependencia.

Servicios de cuidado a largo plazo: la persona mayor que recibe estos servicios es aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado, sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios sociosanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

Servicios sociosanitarios integrados: beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar, así como promover su independencia y autonomía.

Vejez: construcción social de la última etapa del curso de vida.

A continuación se presenta un cuadro con todos los derechos que figuran en la CIPDHPM.

*Derechos contenidos en la Convención Interamericana
sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*

A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la participación e integración comunitaria (art. 8), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la propiedad (art. 23), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), derechos políticos, votar libremente y ser elegido (art. 27), de reunión y asociación (art. 28), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), derecho a la justicia (art. 31).

Los mecanismos de seguimiento tienen que ver con el cumplimiento de los Estados de sus responsabilidades, las cuales son explícitas: cada derecho contemplado en la Convención va acompañado de una obligación. En su texto establece un mecanismo de seguimiento que consiste en la Conferencia de Estados parte y el Comité de Expertos (art. 33). La primera da seguimiento al avance de los Estados parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la CIPDHPM y recibe las recomendaciones del Comité de Expertos (art. 34). Por su parte, este órgano colabora en el seguimiento al avance de los

Estados parte en la implementación de la Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes presentados por aquellos. El mecanismo de seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión (art. 33).

Finalmente, su artículo 36 establece que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente establecida de uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por la violación de un Estado parte de alguno de los artículos que contiene.

Aída Díaz-Tendero

234. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

La subsistencia de la humanidad se basa en el principio de su capacidad para cubrir sus necesidades elementales, y dentro de estas se encuentran las que son vitales, como la ingesta de nutrientes, que suele considerarse bajo el término genérico de “alimentos”. Así, de manera general, el concepto de alimentos se asocia con la idea de comida o sustento, pero también se refiere al vestido y casa que proporcionan los padres a los hijos en una familia.

Ahora bien, desde el ámbito jurídico, dicho término reúne una serie de elementos de contenido diverso que tienen por objeto asegurar el desarrollo integral de las personas; por tal razón, se incluye en el concepto la asistencia en caso de enfermedad, mientras que en los casos en que se refiera a los menores, se comprenderán los gastos necesarios para la educación básica y para proporcionarles un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (Pérez Duarte, 2000).

En otras palabras, el término alimentos se considera, para el derecho de familia, la prestación que obra a cargo de una persona, comúnmente llamada alimentante o deudor, que goza de suficiente capacidad económica, consistente en contribuir con la satisfacción de las diversas necesidades vitales de otra, conocida como alimentario o acreedor, quien, de otro modo, no podría asegurarlas con su gestión personal (Suárez, 2006).

Su contenido abarca, por tanto, una relación jurídica entre dos sujetos, de la cual se desprenden derechos y obligaciones y de la que resulta la deuda alimentaria, como deber principal derivado del derecho a la vida. La obligación de proporcionar alimentos se ha asociado desde las sociedades antiguas a las relaciones de parentesco, de ahí que, de acuerdo con la idea tradicional, se identifique al padre como el principal obligado a proporcionarlos. En la actualidad dicha idea ha sido superada, en la medida en que se considera a la alimentación como un derecho humano y, por tanto, deberá ser suministrada, indistintamente del sexo de la persona que funja como jefe de la familia.

Los beneficiarios del crédito alimentario son, naturalmente, los hijos, así como los propios cónyuges entre sí; no obstante, cada país señalará en su derecho interno a los sujetos que tendrán este derecho. Por lo que respecta a México, se consideran acreedores alimentarios a los menores, a los concubinos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, menores o incapaces, y al adoptado en relación con el adoptante. A este reconocimiento se añade la característica de que las obligaciones alimentarias se proporcionarán tomando en cuenta las posibilidades de quien deba darlos y la necesidad de quien

deba recibirlos (art. 311 del Código Civil Federal, CCF) pero, sobre todo, que la obligación de dar alimentos es recíproca, esto es, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos (art. 301 CCF), lo que implica que, atendiendo a lo dispuesto en la ley, se debe considerar a los padres, en su caso, como acreedores alimentarios y a los hijos, como deudores alimentarios (art. 304 CCF).

Las disposiciones sobre las obligaciones alimentarias que cada nación regula de manera interna en sus respectivas leyes civiles o de derecho privado constriñen la aplicación de ese derecho a su propio territorio. En tratándose de este tema, el problema surge cuando los sujetos de la obligación alimentaria tengan su residencia o domicilio habitual en Estados diferentes, cuyas respectivas legislaciones contemplen, quizá, distintas disposiciones sobre la materia, lo que conlleva a comprometer al deudor en el cumplimiento y ejecución de dichas obligaciones en perjuicio del acreedor alimentario. Esto es, la problemática consiste en determinar con certeza y claridad la ubicación del domicilio del deudor; asimismo, es necesario identificar a la autoridad competente para conocer de la reclamación o cobro de los alimentos y dirigirse a ella fundamentando su derecho, además, la efectividad de la prestación alimentaria requiere de la aplicación de medidas cautelares personales o patrimoniales en contra del deudor, que en el caso *sub examine*, se complican frente a las formalidades procesales que cada autoridad judicial exija para su cabal práctica (Díaz Sarasty, 2013).

Es importante señalar que la comunidad internacional, desde hace varios años, ha dedicado un gran esfuerzo al estudio y discusión de la temática y, justamente, en el ámbito del derecho internacional, se ha avanzado en la regulación de las obligaciones alimentarias mediante la celebración de convenios o tratados internacionales para establecer los mecanismos y reglas para su cumplimiento. En ese sentido, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Obligación de Dar Alimentos, nace el primer convenio de protección alimentaria denominado Convención de las Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrita en Nueva York, Estados Unidos, en 1956. Este instrumento jurídico internacional tiene la virtud de establecer mecanismos de cooperación procesal entre las naciones, que se dirigen a favorecer y simplificar los trámites judiciales que se exigen en cada país, según su normativa interna.

A este instrumento le seguirían otros convenios internacionales en la materia: Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto de los Menores, suscrita en la Haya, el 24 de octubre de 1956; Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias, de 15 de abril de 1958; Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias, de 2 de octubre de 1973; Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable de las Obligaciones Alimenticias, de 2 de octubre de 1973. Estas convenciones fueron promovidas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

A la tendencia internacional de brindar protección al derecho de alimentos se sumaría el instrumento jurídico regional conocido como Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en el seno de la Organización de los Estados Americanos, celebrada el 15 de julio de 1989, en Montevideo, Uruguay. Como presupuesto fundamen-

tal para los países que suscriben esta Convención se establece la adopción y recepción de la misma en el derecho interno vigente.

La Convención en comento se compone de seis capítulos, desplegados en 33 artículos, cuyo objeto es determinar el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en diverso Estado que la haya suscrito (art. 1). De acuerdo con la Convención, los deudores alimentarios, en principio, son los menores (quienes no hayan cumplido 18 años), los cónyuges, o los que hayan sido tales. Sin embargo, los Estados parte podrán determinar la aplicación de las obligaciones alimentarias a los mayores de 18 años en ciertos casos, así como a otros acreedores en razón del grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor en sus respectivas legislaciones.

En cuanto al derecho que resulta aplicable a las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y deudor de alimentos, será aquel que, a juicio de la autoridad competente, sea más favorable al interés del acreedor, pudiendo ser el ordenamiento jurídico que corresponde a la residencia habitual del acreedor, o bien, el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Asimismo, serán materia del derecho aplicable: *a)* los montos del crédito alimentario y los plazos y condiciones para su prestación efectiva; *b)* la determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria a favor del acreedor, y *c)* las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

En cuanto a la competencia en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, la Convención le otorga al acreedor la facultad de acudir ante el juez o autoridad competente la reclamación alimentaria de entre: *a)* el juez o autoridad del Estado del domicilio de la residencia habitual del acreedor; *b)* el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o *c)* el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales, ya sean posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. De las posibilidades mencionadas, la tercera ofrece un amplio campo de protección de los derechos del acreedor alimentario (Álvarez de Lara).

En materia de cooperación procesal internacional, dicho instrumento jurídico aborda el tema de su propia eficacia respecto a la ejecución de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias a través de varias hipótesis normativas, partiendo del supuesto de que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia, de acuerdo con la Convención, para conocer y juzgar el asunto, entre otras.

Para lograr el cumplimiento de las sentencias, la Convención establece los requisitos que debe cumplir la documentación respectiva, la cual será examinada por el juez que deba conocer de la ejecución.

Por otro lado, la Convención concede a los Estados parte la posibilidad de decidir si será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera. Finalmente, incluye en su articulado dos capítulos más sobre disposiciones generales y disposiciones finales, en las cuales se prevé, entre otras, que los

Estados parte, atendiendo a sus posibilidades, darán asistencia alimentaria a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

Ma. Carmen Macías Vázquez

235. **CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO CONFIGURADOS EN DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y LA EXTORSIÓN CONEXA CUANDO ESTOS TENGAN TRASCENDENCIA INTERNACIONAL**

La Convención en estudio (Convención de 1971) fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 2 de febrero de 1971. Hasta la fecha cuenta con 18 Estados parte: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Históricamente, este instrumento se constituyó como el primero en la región interamericana que se centrara en el delito de terrorismo internacional, siendo el resultado de un mandato establecido por la Asamblea General de la OEA en la Resolución 4, de 30 de junio de 1970. Esto marcó el inicio de la inclusión del problema como una preocupación sostenida por parte de dicho órgano regional. Ello ha incluido numerosas resoluciones por parte de la Asamblea General, la creación de grupos de trabajo y la adopción de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en marzo de 2002, entre otras iniciativas, sin contar con el trabajo que ha hecho el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia.

Uno de los principios rectores de la OEA es la búsqueda de la paz y seguridad continental. Si bien la Carta de la OEA no hace una referencia expresa al fenómeno del terrorismo, el respeto a los principios de no intervención, la democracia, la seguridad, la solidaridad continental y la solución pacífica de controversias sirvieron para fundamentar la inclusión del terrorismo internacional en la agenda regional.

Antes de analizar el contenido de la Convención de 1971, es importante destacar el contexto histórico en el cual fue adoptada. Este tratado responde a la división política y económica que existía en América Latina. La tendencia política de los diferentes regímenes, fueran civiles o militares, condicionaba la cooperación e incluso la confianza entre los gobiernos. En varias ocasiones, grupos armados al margen de la ley utilizaban el secuestro de personal diplomático para ganar notoriedad internacional.

En este sentido, la referida Resolución 4 de la Asamblea General de la OEA determina, en su artículo 1, que el delito de terrorismo y el secuestro de personas son crímenes de lesa humanidad. En su artículo 2 establece que el secuestro de representantes de Estados extranjeros es, además de una violación a los derechos humanos, un acto que atenta contra las relaciones internacionales.

Por este motivo, la Convención de 1971 se centra en la adopción de medidas internas relativas a la protección de personas protegidas por el derecho internacional, la cual incluye reglas para asegurar la persecución penal y fomentar la cooperación internacional. Llama la atención que el tratado utilice constantemente la expresión “personas que merecen protección especial de acuerdo con las normas del derecho internacional”, pero en ninguna parte defina o incluya una lista de quiénes se encuentran en dicha categoría.

Para interpretar esta norma, se tendría que acudir a las reglas generales del derecho internacional público, asumiendo que la Convención de 1971 hace referencia al personal diplomático y del servicio consular acreditado en un país, funcionarios de organismos internacionales y personas con algún estatus especial, de acuerdo con tratados internacionales. A pesar de no incluir una lista de personas, este tratado fue precursor en la materia, pues la Organización de las Naciones Unidas (ONU) recién adoptó la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, en diciembre de 1973.

El primer párrafo del preámbulo de la Convención de 1971 hace referencia a la defensa de la libertad, la justicia y el respeto a los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos recién había sido adoptada en 1969 y aún no había entrado en vigor).

La justificación para que esta sea la primera disposición de la Convención de 1971 se encuentra en la Resolución 4 de la Asamblea General de la OEA, la cual habla del secuestro como una violación a los derechos humanos. Las otras referencias que el tratado hace a los derechos humanos se encuentran en los artículos 4 (que hace hincapié en el respeto a las garantías judiciales de personas procesadas por terrorismo) y 6 (que determina que la interpretación del tratado no podrá “menoscabar el derecho de asilo”).

El resto de los considerandos del preámbulo enmarcan el propósito de la Convención de 1971: la necesidad de que los Estados adopten mecanismos para prevenir actos de terrorismo y proteger de estos a personas amparadas por el derecho internacional. Por ende, junto con la adopción de normas internas para evitar estos delitos, el artículo 1 exhorta a fomentar mecanismos de cooperación internacional: “Los Estados contratantes se obligan a cooperar entre sí, tomando todas las medidas que consideren eficaces de acuerdo con sus respectivas legislaciones y especialmente las que se establecen en esta Convención, para prevenir y sancionar los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos”.

El artículo 2 enlista los delitos comunes que son trascendencia internacional, independientemente del móvil: el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida e integridad personal. Los artículos 3 y 5 establecen las reglas de extradición de quien haya cometido un delito contra una persona cubierta bajo el derecho internacional. El artículo 3 determina que las personas procesadas o condenadas por cualquiera de los actos descritos anteriormente podrán ser extraditadas, pero al final se hace la salvedad de que el Estado en donde se encuentra la persona requerida en extradición decidirá si la naturaleza de los hechos delictivos se enmarca en el objeto de la Convención. El artículo 5 implanta la regla del *aut dedere, aut judicare*. Es decir, si el Estado se niega a proceder con la extradición, sus autoridades competentes están obligadas a realizar las investigaciones pertinentes. Asimismo, el artículo 7 determina que los Estados deberán implementar las normas internas para asegurar que estos delitos puedan ser objeto de extradición. Cabe destacar que la regla en mención se encuentra en otros instrumentos internacionales de relevancia

para los derechos humanos y el derecho penal internacional, como es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El artículo 8 se refiere a la adopción de medidas internas para evitar que el territorio de un Estado sea utilizado para la planificación de actos terroristas en otras naciones. Además de la obligación general de implementar medidas internas, incluso en su ordenamiento penal, reconoce la obligación de cooperación e intercambio de información, así como el cumplimiento expedito de los exhortos de cooperación internacional.

Dado que este tratado fue pionero en materia de cooperación frente al terrorismo internacional, no es de extrañar que su artículo 9 haya previsto la posibilidad de que tanto la ONU como sus demás Estados miembros pudiesen suscribirlo. A pesar de su enfoque limitado, centrado en personas protegidas por el derecho internacional, llevó a que la ONU adoptara una Convención específica en la materia en 1973.

Un aspecto final, pero no menos importante, es reconocer que la Convención de 1971 hizo referencia al respeto de los derechos de las personas en la prevención del terrorismo, tema que sería central en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la década de los noventa, así como la afirmación de la regla *aut dedere, aut judicare*, que posteriormente se consolidaría como una norma para evitar la impunidad.

Salvador Herencia Carrasco

236. CONVENCIÓN SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO

Como consecuencia de algunos incidentes diplomáticos —y particularmente del caso *Haya de la Torre*, el cual, debido a diferencias de interpretación generó un desencuentro entre Perú y Colombia que llevó el caso a la Corte Internacional de Justicia de la Haya—, durante la Décima Conferencia Interamericana se adoptó la Convención sobre Asilo Diplomático y su complementaria, la Convención sobre Asilo Territorial, con las cuales se buscó terminar con algunas de las inconsistencias y regular de mejor manera el otorgamiento del asilo diplomático. Adicionalmente, con estas dos convenciones se buscó distinguir los términos “asilo territorial” y “asilo diplomático” ya que, recogiendo la sustancia del Tratado sobre Asilo y Refugio de 1939, “tratan separadamente el asilo territorial y el asilo diplomático, pero como parte de un solo concepto fundamental: el asilo” (Esponda Fernández, 2014).

Esta Convención representa un avance en la reglamentación del asilo diplomático, toda vez que se busca regular de manera detallada el alcance de la prerrogativa de su otorgamiento, los mecanismos de traslado de las personas una vez que han recibido protección por parte del Estado asilante, así como la determinación de los espacios en los cuales las personas pueden solicitar y encontrar la protección referida.

El artículo I de la Convención determina en qué sitios se puede otorgar el asilo (legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares) y se define qué se entiende por legación y los casos en los cuales los navíos o aeronaves no pueden constituir recintos de asilo (cuando están en espacios de reparación).

En consonancia con instrumentos previos, se constituye la prerrogativa de otorgar asilo diplomático como propia del Estado, por lo que no hay obligación de otorgarlo ni a explicar los motivos por los cuales este pueda ser

negado. Igualmente, se sostiene la prohibición de otorgar asilo a delinquentes comunes y la facultad del Estado asilante de calificar la naturaleza del delito o los motivos de persecución.

Un aspecto importante es que se determina que el asilo solamente puede ser concedido en casos de urgencia, siendo estos los siguientes: “Aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades; Aquellos en que el individuo sea perseguido por las autoridades mismas, y Cuando el individuo se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad” (art. IV). Asimismo, se deposita en el Estado asilante la posibilidad de determinar si se trata de un caso de urgencia.

El artículo X de la Convención establece que la falta de reconocimiento de parte del Estado territorial del gobierno del Estado asilante no impide que este último pueda conceder el asilo y, por tanto, las obligaciones al amparo de la Convención estarán vigentes. No obstante, esto no implica que en virtud del otorgamiento de asilo los actos ejecutados en virtud de ello impliquen reconocimiento del gobierno.

Respecto del traslado de la persona, se establece la obligación del Estado territorial de otorgar el salvoconducto necesario para la salida de las personas, así como asegurar las garantías para que la persona pueda salir del territorio sin que su vida, libertad o integridad personal corran peligro. Además, se establece que es el Estado asilante a quien “le corresponde el derecho de trasladar al asilado fuera del país” y que el Estado territorial puede señalar la ruta preferible para la salida.

El artículo XVII aborda un aspecto fundamental de la protección concedida al asilado, pues se establece que si bien el Estado asilante no está obligado a radicar a la persona en su territorio, sí deberá abstenerse de devolverle a su país de origen, a menos que expresamente lo manifieste el asilado.

Finalmente, una característica relevante es que, una vez que se ha concedido asilo diplomático a un individuo, este deberá ser impedido de practicar actos contrarios a la tranquilidad pública e intervenir en la política interna del Estado territorial; esto mientras se obtienen los salvoconductos para la salida del territorio.

La convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En México, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 1957.

Ignacio López Vergara Newton

237. CONVENCIÓN SOBRE ASILO POLÍTICO

La Convención sobre Asilo Político, producto de la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada el 26 de diciembre de 1933 en la ciudad de Montevideo, Uruguay, pretendió fortalecer la regulación del asilo político en la región panamericana a partir de una modificación de la definición adoptada en 1928 en la Convención de la Habana sobre Derecho de Asilo.

El artículo 1 de la Convención establece que “No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares,

a los inculpados de delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por tribunales ordinarios, así como tampoco a los desertores de tierra y mar. Las personas mencionadas [...] que se refugiaren en algunos de los lugares señalados en él, deberán ser entregados tan pronto lo requiera el Gobierno local”.

Una consideración inicial es que se limita el concepto de asilo, ya que se determina que solamente puede ser otorgado en legaciones, naves de guerra o aeronaves militares, sin hacer mención de la posibilidad de solicitar asilo en el territorio del país de asilo. De esta manera se limitó la posibilidad del asilo territorial, lo cual sería subsanado posteriormente en el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, suscrito también en la ciudad Montevideo en 1939.

Una cuestión relevante es que, en la nueva definición, si bien no se precisa qué se entiende por delitos políticos (el art. 2 de la Convención deja en manos del Estado asilante la “calificación de la delincuencia política”), para efectos de la determinación de los delitos comunes no basta con que las personas estén acusadas o condenadas, sino que deben “estar [procesadas] en forma” o haber “sido [condenadas] por tribunales ordinarios”.

Otro aspecto notorio de esta Convención radica en que se señala la naturaleza humanitaria del asilo político (art. 3), por lo que no queda sujeta a reciprocidad. Adicionalmente, si un Estado decide establecer limitaciones al asilo político, será sujeto de las mismas limitaciones frente a otros Estados; esto sin perjuicio de obligaciones previas existentes.

No debe pasarse por alto que en esta Convención, en consonancia con instrumentos previos, el asilo es concebido como una prerrogativa del Estado y no un derecho de los individuos.

Finalmente, una innovación que no debe ignorarse es que en el artículo 4 se determina que, cuando en virtud de discusiones derivadas de un caso de asilo político se solicite el reemplazo de un agente diplomático, esto no será motivo para la interrupción de relaciones diplomáticas.

La Convención fue firmada por Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. México la ratificó el 13 de agosto de 1935 y la publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de abril de 1936.

Ignacio López Vergara Newton

238. CONVENCIÓN SOBRE ASILO TERRITORIAL

Complementaria a la Convención sobre Asilo Diplomático, la Décima Conferencia Interamericana adoptó la Convención sobre Asilo Territorial con el objeto de definir la figura de asilo territorial. Si bien dicha figura se había incluido en instrumentos relacionados con la extradición, esto siempre se hacía a manera de excepcionalidad y no de manera definitoria. Allí radica la importancia de la Convención, en que contribuye a concluir con “la etapa de positivización del asilo latinoamericano, en su versión de derecho clásico interestatal” (San Juan, 2004).

Adicionalmente, mediante las dos convenciones adoptadas por la Décima Conferencia Interamericana se buscó distinguir los términos “asilo territorial” y “asilo diplomático”, ya que, recogiendo la sustancia del Tratado sobre Asilo y Refugio, de 1939 “tratan separadamente el asilo territorial y el asilo

diplomático, pero como parte de un solo concepto fundamental: el asilo” (Esponda Fernández, 2014).

En la presente Convención se reitera la naturaleza estatocéntrica de la figura del asilo, puesto que se establece, en su artículo I, que es derecho del Estado admitir, en ejercicio de su soberanía, a las personas que juzgue conveniente sin que otro Estado pueda emitir reclamo alguno. El artículo II complementa lo anterior, al establecer que “El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tienen sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones, o filiación política por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”.

Si bien en este instrumento —a diferencia de la Convención sobre Asilo Diplomático— no se establece una obligación de no devolución, sí se determina (art. IV) que la extradición no es procedente cuando se trate de personas que sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos. En alcance a la práctica identificada en diversos instrumentos interamericanos, es el propio Estado receptor el facultado para calificar la naturaleza de los delitos como políticos o como delitos del orden común. Por otra parte, también es importante considerar que se determina que el ingreso irregular no debe de afectar las estipulaciones de la Convención.

Finalmente, otro aspecto relevante es que busca sentar las bases para reglamentar la estancia de las personas asiladas en el territorio. Para esto, se establecen disposiciones vinculadas a libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, libre tránsito y permanencia cerca de zonas fronterizas. Sin embargo, es importante subrayar que estas consideraciones se hacen desde la perspectiva de la relación entre el Estado receptor y el Estado expulsor y no desde una perspectiva de derechos de los asilados. Las estipulaciones se plantean desde una perspectiva de limitaciones y prerrogativas de los Estados, no de los individuos.

La convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En México fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 1981.

Ignacio López Vergara Newton

239. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) constituye uno de los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Fue aprobada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, contando al primer semestre de 2019 con 189 Estados parte. Tuvo su antecedente en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como Resolución 2263 (XXII) el 7 de noviembre de 1967. A su vez, es el reflejo normativo de la preocupación del derecho internacional de los derechos humanos por la histórica situación de

exclusión de las mujeres en diversos ámbitos del quehacer humano, lo que a su vez se enmarca en la preocupación por la especificidad de la protección y promoción de los derechos humanos de grupos sometidos a vulnerabilidad. El sexo de las mujeres es el motivo de discriminación más antiguo, más extendido temporal y espacialmente, y el que reviste más formas, pues normalmente, en el caso de la mujer confluye por lo menos una doble discriminación. La primera por el solo hecho de ser mujer; la segunda por alguna de las características que forman su identidad, ya sea mujer migrante, indígena o lesbiana, por ejemplo.

En cuanto tratado internacional, la CEDAW considera la necesidad de reconocer derechos para las mujeres en las esferas civil, política, económica, social y cultural, y define la discriminación que las afecta. Para ello, se estructura en un preámbulo y 30 artículos, en los cuales no solo se limita a consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres, sino que insta a los Estados, como claramente lo dice su artículo 2, a que sigan por todos los caminos adecuados y sin dilación una política encaminada a eliminar la discriminación.

Consagra para las mujeres derechos en los ámbitos de: participación política (arts. 7 y 8); nacionalidad (art. 9); educación (art. 10); empleo (art. 11); atención médica (art. 12); otras esferas de la vida económica y social (art. 13); mujer de zonas rurales (art. 14); igualdad con el hombre en materia civil (art. 15), e igualdad con el hombre en materia de matrimonio y relaciones familiares, incluyendo los aspectos patrimoniales y de propiedad (art. 16).

La definición de discriminación se contiene en el artículo 1, que indica que “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

En relación con las esferas en que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité), órgano de vigilancia de este tratado, creado y regulado en los artículos 17 a 22 del mismo instrumento, ha sostenido en su Recomendación general 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también la laboral. Ello constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (p. ej., violencia sexual) y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer.

Esta idea ha sido ratificada por el mismo Comité en su Recomendación general 19, de 29 de enero de 1992, que señala expresamente que la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, considerando en ella actos que provocan daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

Además de dar una definición y consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres, en el artículo 5 la CEDAW contempla que los Estados deben luchar por modificar patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de

la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Esta disposición introdujo, ya en 1979, una primera idea en torno a la necesidad de incorporar una transverzalización del género, lo que recién se asumió institucionalmente para 1995 con ocasión de la Conferencia de Beijing. Como consecuencia de dicho encuentro internacional, Naciones Unidas comienza a hablar de perspectiva de género, refiriendo así al proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. La perspectiva de género se concibió como una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad.

El artículo 4, por su parte, contempla la adopción de medidas especiales de carácter temporal, las que no se estiman discriminatorias pues se contemplan con miras a conseguir la igualdad de hecho de las mujeres. Extendiéndose en su comprensión y sentido, el Comité, en su Recomendación general 5, sobre medidas especiales temporales, de 4 de marzo de 1988, recomienda que los Estados parte hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal, como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo. En la Recomendación general 23, sobre vida política y pública, de 13 de enero de 1997, el Comité hace referencia otra vez a las medidas especiales de carácter temporal ahora en ese ámbito.

Un gran avance para la efectividad de las disposiciones de la CEDAW fue la aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención, adoptado por consenso por la Asamblea General en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999, entrando en vigor el 22 de diciembre de 2000. Este Protocolo contempla dos mecanismos: el procedimiento de quejas individuales y un procedimiento de investigación.

El primero es similar al que contemplan otros tratados sobre derechos humanos que cuentan con órgano de vigilancia. El artículo 1 presume que todo Estado parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2 que, a su vez, precisa que estas pueden ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación de alguno de los derechos establecidos en la Convención cometida por el propio Estado, pudiendo presentarse por sí mismas o representadas por otra persona o entidad, caso este último en que se requerirá su consentimiento, “a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento”. Las comunicaciones individuales solo pueden presentarse cuando se alega la violación de las disposiciones de la CEDAW que contienen derechos.

El segundo mecanismo que contempla el Protocolo Facultativo es el procedimiento de investigación regulado esencialmente en el artículo 8 por medio del cual se faculta al Comité para dar curso a esa investigación si “recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un

Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”. En ese caso se invita al Estado respectivo a “colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información”. Con base en esas observaciones y toda información fidedigna de que disponga, el órgano de vigilancia puede encargar a uno o más de sus integrantes que realice una investigación y le presente con carácter urgente un informe. Esta investigación puede incluir, cuando se justifique y con el consentimiento del Estado parte, una visita a su territorio de carácter confidencial. Luego de examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas. Por el artículo 10 se ha establecido una cláusula *opt-out* sobre el procedimiento de investigación al establecer que todo Estado parte puede, “al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9”, que son los referidos a tal mecanismo, pudiendo en todo caso retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al secretario general.

Ximena A. Gauché Marchetti

240. CONVENCIÓN VIVIENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido varias veces 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”.

Tal doctrina es coincidente con la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *v. gr.*, casos *Tyrer vs. Reino Unido*, *Marckx vs. Bélgica* y *Loizidou vs. Turquía*. En la jurisprudencia de la Corte IDH aparece, por ejemplo, en la Opinión consultiva (OC) 16/1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (párr. 114) y en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (párr. 106. *Cfr.* Beloff, en Steiner y Uribe, 2014, pp. 389 y 390).

Con posterioridad, tuvo oportunidad de reiterarla en *Atala Ríffo vs. Chile* (párr. 83), en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (párr. 245), y en *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (párr. 245). Más tarde lo hace en la OC-24/2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (párr. 187).

En definitiva, la tesis de la “convención viviente” resulta un principio consolidado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), e importa un dato vital para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, o Pacto de San José).

La concepción de la “convención viviente” guarda profunda conexión con la idea de “constitución viviente” (*living constitution*), voz a la que nos remitimos. El instrumento constitucional y, ahora también, el convencional, superan así el mero texto del documento de que se trate, y se nutren de nuevos contenidos derivados, principalmente del orden de las realidades y de las creencias y valoraciones sociales predominantes. De hecho, le ha servido a la Corte IDH para ampliar, por ejemplo, el concepto de “familia” empleado por el artículo 17 del Pacto de San José en el caso *Atala Ríffo vs. Chile*, por ejemplo.

En la aludida OC-24/2017, la Corte Interamericana ha hecho una contundente invocación de la convención viviente. El texto del artículo 17.2 de

la CADH indicaba que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia [...]”. Para admitir el matrimonio legal entre personas del mismo sexo, el Tribunal, alegando precisamente la vivificación de la Convención, tuvo que cambiar el sentido original de las palabras de la misma. Para eso argumentó que los vocablos señalados no debían entenderse en su sentido histórico o etimológico, sino en el actual, y que tal mutación estaba programada incluso por los Estados que elaboraron el Pacto, quienes confiaron a la Corte y a los Estados la tarea de desarrollarlos para ampliar el cupo original de derechos. Añadió que, hoy día, el concepto de familia es de imposible codificación y cuantificación; y siguiendo pautas del TEDH, dijo también que su sentido variaba de país a país, y también de región a región. En ese contexto tan heterogéneo y elástico, la Corte, apretando el acelerador del valor igualdad, afirmó que no era posible negar a individuos del mismo género contraer matrimonio, y que incluso tenían el derecho a reclamar tal estado matrimonial, por lo que es un deber de los Estados instrumentarlo en su legislación interna. En eso difirió del Tribunal Europeo, quien entiende que el Sistema Europeo de Derechos Humanos no obliga a un Estado a adoptar necesariamente tal tipo de enlace, aunque sí puede consagrarlo, si lo desea, conforme a su margen de apreciación nacional.

Ahora bien, dado que la mayor parte de los países de la región no han implementado todavía al matrimonio, también denominado por muchos igualitario, y que el mismo no tendría consenso en muchos países y sociedades del área, la Corte IDH sostuvo en la OC referida que debía prescindirse de dicha opinión colectiva y establecerse, de todos modos, legalmente. Hasta tanto ello no ocurriera, las parejas del mismo sexo no debían sufrir discriminaciones o tratos estigmatizantes o desigualitarios, en comparación a las heterosexuales.

En este tramo de la OC-24/2017, surge el problema de la compatibilización de la invocada doctrina de la convención viviente (*living convention*), con la actuación de un tribunal que, en la especie, opera con prescindencia o, al parecer, si fuere necesario, contra el consenso de la comunidad. La tesis de la constitución viviente (y de su pareja, la convención viviente), legitima su posición con el *argumento de las generaciones* (es la generación actual quien tiene autoridad para interpretar la constitución o la Convención, y los tribunales, para vivificar ambas, deben reinterpretar el texto original con las voliciones, creencias y valoraciones sociales contemporáneas), por lo que resulta difícilmente coherente invocar tal teoría sin tener en cuenta (o más todavía, de ser indispensable, operando en oposición) del dato sociológico que emerge de las ideas y pareceres de la comunidad del caso. En otras palabras, en la constitución o convención viviente el elemento o agente vivificador básico es la sociedad, mientras que en la OC-24/2017, respecto del caso que allí se dirime, lo es la Corte IDH, sin subordinarse al consenso global (nos remitimos asimismo a nuestro trabajo *La “convención viviente” en la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2018).

En un orden de ideas paralelo, la OC-24/2017 implanta un específico *control de convencionalidad legislativo*: impone a los Estados sancionar la ley del matrimonio igualitario. Es un mensaje destinado, principalmente, a los congresos de las diferentes naciones del SÍDH.

Néstor Pedro Sagüés

241. *CORPUS IURIS* INTERAMERICANO

El *corpus iuris* interamericano es un término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) acuñó en 2004, en el marco del caso *Tibi vs. Ecuador* (sentencia de 7 de septiembre de 2004, núm. 114). En dicha oportunidad, la Corte IDH estableció que la Convención Interamericana contra la Tortura forma parte del *corpus iuris* interamericano que, para efectos del caso, “[debía] servir a [la] Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]”, relativo al derecho a la integridad personal (párr. 145).

Si bien en dicha oportunidad la Corte Interamericana no desarrolló el contenido y alcance del término, previamente, con ocasión de la Opinión consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (de 1 de octubre de 1999), la Corte se refirió de manera amplia al concepto “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En la referida opinión consultiva, la Corte estableció que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos “está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. De acuerdo con la Corte, la “evolución dinámica [de dicho *corpus iuris*] ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (párr. 115).

Dicho esto, el *corpus iuris* interamericano puede ser definido como el conjunto de instrumentos interamericanos de contenido y efectos jurídicos variados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) constituye el pilar de dicho *corpus iuris* interamericano en constante evolución, que abarca los protocolos adicionales a la Convención y demás instrumentos orientados a la protección de los derechos y libertades del individuo o de las personas tradicionalmente consideradas como pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, o referidos a temas de particular relevancia frente al contexto de derechos humanos —pasado, presente y futuro— de los Estados de la región. La Corte IDH tiene competencia para aplicar directamente algunos de dichos instrumentos, y para remitirse a todos ellos como referente de interpretación en la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos y de las obligaciones estatales previstos en la CADH, de conformidad con las normas de interpretación establecidas en su artículo 29 y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

En la medida que el *corpus iuris* interamericano está integrado por instrumentos de contenido y efectos jurídicos variados, es posible identificar entre ellos normas tanto de *soft law* como de *hard law*. Entre los instrumentos de *soft law* destaca la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que constituye un elemento de interpretación indiscutible dentro del *corpus iuris* interamericano. El propio artículo 29.d convencional dispone que “[ninguna] disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) 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”. Estos instrumentos de *soft law* pueden incluir declaraciones, recomendaciones, guías, códigos, estándares de conducta, opiniones

de comités o grupos de trabajo, directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos especializados en una temática dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Entre los instrumentos de *hard law*, además de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, destacan los protocolos adicionales a la CADH y los principales tratados interamericanos de derechos humanos, a saber: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Al tratarse de instrumentos convencionales, sea para aplicarlos o para remitirse a ellos a título interpretativo en el análisis de un caso, la Corte IDH se ha cuidado de verificar que el Estado concernido en el proceso sea parte del tratado en cuestión y que este haya entrado en vigor.

De esta manera, en el ejercicio de sus competencias, la Corte Interamericana no solo deberá tener en cuenta la CADH, sino también los demás instrumentos interamericanos de derechos humanos, sean de *soft law* o de *hard law*. Así, por ejemplo, en un caso que involucra actos de violencia contra la mujer, las obligaciones estatales y los derechos humanos involucrados no se derivan solamente de la Convención Americana. Ciertamente, los referentes de interpretación trascienden a esta, y deben incluir también las disposiciones pertinentes; las convenciones interamericanas especializadas en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belém do Pará), sin perjuicio de aquellas del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos que también resulten pertinentes. De acuerdo con la Corte, dichas normas, “especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana” (véase, *inter alia*, casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012, núm. 250, párr. 222, y *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, núm. 160, párr. 276). La Corte tiene así competencia para determinar el contenido y alcance de las normas previstas en la Convención y en los demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano.

Específicamente, la referencia al término *corpus iuris* interamericano ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte vinculada a casos de desaparición forzada de personas. En dichos supuestos, el análisis a la luz de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha revestido la mayor importancia, considerando que la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre el alegado incumplimiento de las obligaciones

previstas en dicho tratado. Por otro lado, cuando la Corte ha constatado que el *corpus iuris* interamericano no cuenta con una norma precisa sobre un tema —p. ej., bioética y derechos humanos—, no ha vacilado en remitirse al *corpus iuris* internacional en la materia para especificar y complementar lo establecido en la Convención (caso *I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, núm. 329, párr. 168).

Por todo lo expuesto, queda en evidencia que el *corpus iuris* interamericano es el parámetro para la aplicación del denominado control de convencionalidad. Conforme ha sido desarrollado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH, toda autoridad pública, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, está obligada a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, entre las normas y prácticas internas y la CADH, los demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano y la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte Interamericana.

Juana María Ibáñez Rivas

242. *CORPUS IURIS INTERNACIONAL*

Es el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para darle coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional.

La expresión *corpus iuris internacional* es una contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina jurisprudencial supranacional; el concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999 (del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto del “Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”). La Corte Interamericana partió del criterio adoptado en 1970 por la Corte Internacional de Justicia, al estimar en su *Advisory Opinion* atinente a “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)”, en donde se resolvió que debían tomarse en consideración las transformaciones ocurridas en el tiempo (en ese caso, en los últimos 50 años precedentes a la resolución), y su interpretación no podía dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho, resultando que un instrumento internacional debía ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación, teniendo como consecuencia real e inmediata que el *corpus iuris gentium* se enriquece considerablemente (evoluciona), y el órgano de impartición de justicia no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

Con base en lo anterior, el tribunal interamericano refirió que existe en el orbe un cúmulo de instrumentos internacionales, los cuales se encuentran en continua evolución, ejerciendo un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Así, por ejemplo, al resolver dicha consulta, la Corte Interamericana refirió que el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este precepto

establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la precitada Convención de Viena; asimismo, se enfatizó el valor de otros instrumentos universales de carácter no contractual, como el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

En esa misma línea jurisprudencial, al resolver la Corte Interamericana el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (sentencia del 19 de noviembre 1999), se aludió a que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como la Convención sobre los Derechos del Niño conforman un *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a ese tribunal para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la referida Convención Americana. Además, la sentencia también citó algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales: las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. Ello permite confirmar que el *corpus iuris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, la misma Corte Interamericana se refirió al *corpus iuris* de derechos y libertades consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ahí, a la par de los instrumentos citados en el caso de los “Niños de la Calle”, reconoció el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo como parte del *corpus iuris* internacional de protección de los infantes.

Es importante destacar que el origen de la cuestión proviene de la competencia por razón de materia que ejerce la Corte Interamericana, que conforme al art. 63.2 del Pacto de San José se circunscribe a cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de ese tratado. Empero, una interpretación gramatical de ese precepto conduciría a estimar que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos, así como para aplicar otros tratados interamericanos a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos, como son: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Conviene decir que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres categorías, las cuales pueden servir para ubicar ese *corpus iuris*: a) la primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) la segunda contiene a grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos; en cuanto a los primeros, se da cuenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a su vez, en el sistema americano se incluye a la Convención Americana y al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y *c*) la tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios, ha establecido la *praxis* de citar y utilizar no solo convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales para informar la interpretación de la Convención Americana. Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para dicha Corte Interamericana, no menos veraz resulta que constituye una fuente importante de interpretación, lo que conduce a considerar que también las sentencias de esos órganos formarían parte de ese *corpus iuris*, a lo cual diversos autores denominan *diálogo entre cortes*.

Jorge Rivero Evia

243. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Constitución de 1991 introdujo grandes innovaciones en el sistema constitucional colombiano, siendo una de las más trascendentales la creación de la Jurisdicción Constitucional y de la Corte Constitucional. Durante la vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia fue el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Estuvo conformada por las salas de casación Civil, Laboral y Penal, hasta 1968, cuando se introdujo la Sala Constitucional que, además de ser pequeña y secundaria, nunca fue decisoria, pues simplemente elaboraba los proyectos de decisión para la Sala Plena.

La jurisdicción constitucional significó la oportunidad histórica de lograr que los problemas relacionados con la defensa de la Constitución y los derechos humanos, fueran decididos desde el derecho constitucional y no desde el derecho civil, el laboral o el penal. Su organización y funcionamiento fueron dispuestos por la Ley 270 de 1994. Los jueces que la conformaron promovieron la *constitucionalización* del derecho, entendida por Guastini como el proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, dicho ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia corresponde al transplante de los tribunales constitucionales europeos hacia algunos países de América Latina, para que ejercieran un control estricto de constitucionalidad. El artículo 241 de la carta política le asignó como tarea principal “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. El régimen de la magistratura señala que la Corte está conformada por nueve magistrados “pertenecientes a diversas especialidades del derecho”. El modo de elección de los magistrados es mixto y en él participan los tres poderes públicos. El presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado postulan, cada uno de ellos, tres ternas de candidatos, correspondiendo al Senado de la República efectuar la elección.

En relación con su estructura, la Corte tiene tres tipos de salas. La Sala Plena, conformada por nueve magistrados, que deciden las acciones de inconstitucionalidad y demás procedimientos del control abstracto, mediante las sentencias “C”, y los fallos de unificación en tutela, mediante las sentencias

“SU”. Las Salas de Revisión de Tutela, conformadas por tres magistrados, son nueve y efectúan la revisión de los expedientes seleccionados, dando lugar a las sentencias “T”. Finalmente, se tiene la Sala de Selección de Tutelas, conformada por dos magistrados, elegidos cada mes por sorteo. Las decisiones de las salas se adoptan por mayoría simple de votos (la mitad más uno de los miembros), debiendo contar la Sala Plena, con un quorum mínimo de siete magistrados.

El plano funcional está relacionado con las competencias de la Corte Constitucional, previstas en el artículo 241 de la carta política. Colombia tiene un sistema mixto de control de constitucionalidad, que involucra elementos de los sistemas concentrado y difuso. La sentencia C-400 de 2013 señaló que se trata de un sistema “difuso funcional”, en el que concurren, por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad y, por el otro, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales, en los casos concretos.

La Corte efectúa el control abstracto de constitucionalidad sobre las siguientes normas: *i*) los “actos legislativos”, que es el nombre que se le da a las enmiendas constitucionales (a octubre de 2019, la Constitución había sido reformada 52 veces); *ii*) las leyes que convocan a la realización de referendos destinados a reformar la Constitución, habiéndose perfeccionado tan solo uno de ellos; *iii*) las leyes en general, tanto por vicios en el trámite de su expedición como por vicios de fondo, es decir, por violar directamente la Constitución; *iv*) los decretos con fuerza de ley, que son normas expedidas por el presidente, con base en habilitaciones o en facultades concedidas por una ley especial; *v*) los decretos legislativos, que son las normas que expide el presidente en los estados de excepción, que en Colombia son tres: el de guerra exterior, el de conmoción interior y el de emergencia económica, social y ecológica; *vi*) los proyectos de ley que hayan sido objetados como inconstitucionales por el presidente; *vii*) los proyectos de leyes estatutarias, que tienen previsto un control previo y automático por la Corte Constitucional, y *viii*) los tratados públicos celebrados por el Gobierno, y las leyes que aprueban esos tratados. Finalmente, y en el plano del control concreto, debe decirse que la Corte Constitucional no conoce directamente de ningún amparo, sino que revisa los pocos fallos de tutela escogidos por la Sala de Selección.

La Corte Constitucional comenzó a ejercer funciones en 1992, y como contribuciones notorias deben señalarse las siguientes: introdujo la defensa de los derechos humanos en Colombia, que había estado ausente durante dos siglos; efectivizó el control estricto de constitucionalidad, pues el ejercicio anteriormente había sido mínimo, tolerante y sumiso al poder político; hizo efectivo el sistema de pesos y contrapesos; actualizó las teorías, prácticas y metodologías del derecho constitucional, en medio de su sistema judicial dominado por el formalismo de los siglos XIX y XX, e introdujo elementos contemporáneos y dinámicos, como la modulación de los fallos de constitucionalidad, la aplicación de los test constitucionales, la incorporación de dogmáticas sobre los derechos humanos, así como las metodologías al uso, como la razonabilidad, la ponderación, el precedente o el derecho viviente. No obstante lo anterior, el mayor logro de la Corte Constitucional fue haber acercado al ciudadano corriente a un sistema de justicia selectivo y hostil.

Al lado de esos logros innegables, debe señalarse que la Corte actual y su jurisprudencia padecen un proceso de regresión, que distorsiona los avances y los estándares de protección alcanzados, situación que está relacionada con la llegada de los nuevos magistrados. Históricamente, la Corte estuvo conformada por jueces de carrera y por abogados de perfil académico, comprometidos con la defensa de la Constitución y de los derechos humanos; sin embargo, la política domina hoy la elección de los magistrados. En este sentido, la Corte Constitucional vive más del prestigio construido durante más de 20 años que de las ejecutorias del presente. Si bien el artículo 239 de la Constitución aboga por una Corte conformada por “magistrados pertenecientes a distintas especialidades del derecho”, el panorama a finales de 2019, es el de magistrados simpatizantes de los gremios económicos, las corrientes políticas y las confesiones religiosas.

Manuel Fernando Quinche Ramírez

244. CORTE CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 (ECUADOR)

Como en ocasiones anteriores, la Corte está integrada por nueve magistrados titulares y nueve alternos; el periodo de duración se incrementó a nueve años con renovaciones por tercios cada tres años, y no tienen reelección inmediata (art. 432 de la Constitución). Son designados mediante un sistema cerrado en que los poderes o funciones Legislativo, Ejecutivo y de Transparencia y Control Social intervienen presentando los candidatos, entre los cuales se hará la designación a través de una comisión calificadora (designada por las mismas tres funciones ya mencionadas) y mediante concurso de méritos (art. 434 de la Constitución).

Como se observará, este sistema de designación es cerrado, poco democrático, pues solo intervienen los candidatos señalados de antemano, lo cual es otro aspecto que caracteriza al hiperpresidencialismo ecuatoriano, que tiene su punto de partida en los preceptos de la propia Constitución.

La Constitución de 2008 ha mantenido, de modo general, las mismas competencias y atribuciones que en el último tiempo se confirieron al Tribunal Constitucional, a las cuales se han agregado otras que son positivas para el mejor desarrollo de su función controladora. Aparte de los dictámenes que debe dar la Corte Constitucional, sus atribuciones se enfocan a cuestiones de inconstitucionalidad y a pronunciarse sobre las acciones de garantías jurisdiccionales que conozca, para la protección de los derechos fundamentales (véase *El Ecuador y el derecho procesal constitucional*).

En materia de inconstitucionalidad tenemos:

a) Las relativas a los actos normativos de carácter general —leyes y otras normas jurídicas— que por la forma o el fondo puedan ser inconstitucionales; esta declaratoria tiene efectos de invalidez de la norma.

b) La inconstitucionalidad de normas conexas cuando en los casos que conoce existan normas contrarias a la Constitución; aquí sus miembros pueden actuar de oficio, lo cual es una excepción puesto que generalmente actúan a petición de parte.

c) Respecto de los actos administrativos con efectos generales objetados por inconstitucionales, igualmente la inconstitucionalidad conlleva la invalidez del acto.

d) La inconstitucionalidad por omisión, que es nueva en el Ecuador, dispone que en los casos en que el poder público olvide poner en práctica los mandatos constitucionales, dentro del plazo señalado por la carta magna o en un plazo razonable, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y si la omisión no se subsana el órgano constitucional deberá, con carácter provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido. Este último aspecto convierte a los miembros de la Corte en legisladores temporales, cuestión no exenta de complicaciones.

Además, la Corte Constitucional debe dirimir aquellos casos de conflictos de competencias o de atribuciones entre las funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución, es decir, no se trata de competencias determinadas por la ley.

En materia de dictámenes, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción “cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales” (art. 436.8); sin embargo, de esta clara disposición constitucional la ley pertinente extendió el control a todo estado de excepción aunque no se decrete la suspensión de derechos fundamentales (lo cual en principio es óptimo pero no es lo que dispone la norma constitucional). Si bien en el estado de excepción el presidente de la República debe notificar de esta decisión dentro de cuarenta y ocho horas a la Corte (art. 166), esta puede actuar de oficio.

Entre otros dictámenes a ser dados por la Corte y que señala la Constitución están: en aquellos tratados —señalados por la carta magna (art. 419)— que de alguna manera comprometen la soberanía del Estado, tiene el carácter de previo para que el Legislativo pueda aprobar el tratado (art. 438.1); las objeciones que por razones de inconstitucionalidad realice el presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. En el Ecuador este tipo de control preventivo es antiguo, el primero se dio en el siglo XIX (Constitución de 1869).

Asimismo, la Corte Constitucional —de manera previa también— emite sus dictámenes sobre las convocatorias a consultas populares “de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados” (art. 438.2). Otro caso novedoso se presenta cuando el Legislativo quiere plantear un juicio político en contra del presidente o del vicepresidente de la República, en cuyo caso debe obtener previamente un dictamen de admisibilidad (art. 129); esta situación nunca la contempló el constitucionalismo ecuatoriano, cuestión que hoy se explica a causa del hiperpresidencialismo que busca el debilitamiento del Legislativo.

Si bien es diferente, vale mencionar que en los casos de disolución de la Asamblea Legislativa o de destitución del presidente, cuando la causal es la arrogación de funciones (arts. 130.1 y 148), la Corte Constitucional previamente dará su dictamen de admisibilidad.

Otras atribuciones de la actual Corte Constitucional son:

La de expedir sentencias que formen jurisprudencia vinculante en relación con las acciones de hábeas corpus, hábeas data, de protección, acceso a la información pública, de cumplimiento, “y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (art. 436.6). Esta última disposición revela el concepto flexible que hoy reviste la sentencia ejecutoriada.

Se establece que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales debe ser conocido y sancionado por la Corte, cuestión que no debe ser confundida con la acción *por* incumplimiento. Algunos consideran que este tipo de petición a la Corte Constitucional se agrega a las seis acciones de garantías jurisdiccionales; personalmente no creo que tengan esa categoría.

Cabe anotar que la actual Constitución reconoce a la Corte como órgano de interpretación constitucional; curiosamente, en el Ecuador por diversas razones esta atribución quedó radicada en el Legislativo contra toda lógica.

También se debe señalar que en la Constitución vigente se eliminó una forma de modelo difuso de control de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, conocido como sistema de inaplicabilidad. Desde la carta política de 1967, el Ecuador estableció el modelo difuso junto al concentrado ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la época. Para entonces, se facultó a la Corte Suprema para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución con efectos *inter partes*, en los casos que estuvieren bajo su conocimiento y resolución.

El texto constitucional de 1998 amplió esta atribución permitiendo que todos los jueces y tribunales puedan declarar la inaplicabilidad, no solo a petición de parte sino incluso de oficio, y —como es obvio— sin perjuicio de resolver la cuestión principal de la causa. La inaplicabilidad debía ser informada al Tribunal Constitucional para que lo resolviera con efectos *erga omnes*. Este sistema de inaplicabilidad tuvo un desarrollo aceptable. Ahora, en su reemplazo se ha establecido que el juez, de oficio o a petición de parte, suspenda la tramitación de la causa y envíe en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la cual debe resolver la constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días; caso contrario —si transcurre este plazo sin resolverse la cuestión— “el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente” (art. 428 de la Constitución).

Hernán Salgado Pesantes

245. CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

En Italia, la creación de la Corte Constitucional es una novedad introducida por la Constitución republicana de 1947, llamando la atención, especialmente, en las exigencias de garantizar jurisdiccionalmente el principio de rigidez constitucional y defender los derechos de los ciudadanos de los posibles abusos del poder legislativo. Muy significativas e importantes son las palabras de Giorgio La Pira, en la sesión de 28 de noviembre de 1947, quien veía en la Corte una “exigencia intrínseca de la Constitución, de naturaleza jurídica y política. Sin este órgano, tendríamos una casa sin techo, un edificio sin bóveda”.

La particularidad de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional explica y justifica su especial composición, balance entre exigencias de carácter jurídico y exigencias de sensibilidad político-institucional. A tal fin, por un lado —en el aspecto activo— se ha distribuido la competencia a nombrar o elegir a los jueces constitucionales entre diversos órganos y, por el otro —en un aspecto pasivo—, se diferenciaron las categorías de sujetos susceptibles de ocupar el cargo de juez constitucional, de todos modos garantizando una calificación técnico-jurídica elevada. Este “compromiso” se encuentra estipulado en el artículo 135 de la Constitución que, en el inciso primero, establece las

modalidades en que pueden nombrarse: “La Corte Constitucional está compuesta por quince jueces nombrados un tercio por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión común y el tercio restante por la Suprema Magistratura ordinaria y administrativa”. Y el inciso segundo prevé los requisitos para ser nombrado: “Los jueces de la Corte Constitucional son electos entre los magistrados incluso jubilados de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los profesores ordinarios de las universidades jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio”. La composición de la Corte puede ser modificada solo a través del juicio de acusación promovido contra el presidente de la República. En tal caso, como prevé el inciso séptimo del mismo artículo 135 de la Constitución, a los 15 jueces ordinarios se suman otros 16 miembros extraídos de un elenco de ciudadanos que cumplan simplemente con los requisitos para ser elegido senador, que el Parlamento compila cada nueve años mediante votación en sesión común.

La Corte Constitucional italiana realiza las siguientes funciones especificadas en el artículo 134 de la Constitución:

El *control de constitucionalidad* sirve para verificar la conformidad de las leyes y aquellos actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones, en relación con una norma constitucional, ya sea por vicios en el procedimiento (formales) o por vicios en el contenido (sustanciales). Los artículos del acto legislativo impugnado, constituyen el objeto del control, las normas constitucionales que se consideren vulneradas, constituyen el parámetro. El control se ejerce respecto de actos ya en vigencia (control de tipo sucesivo) y puede ser activado tanto *in via incidentale* como *in via principale*. La vía de acceso general al proceso constitucional es la incidental, en el sentido que la cuestión de legitimidad constitucional nace en el curso de un proceso concreto. El juez del proceso (denominado juez *a quo*), al advertir que la cuestión atañe a una norma aplicable al juicio y sea, en un principio, plausible (en términos técnicos, se habla de relevancia y no falta de fundamento manifiesta), suspende el proceso y somete la cuestión ante la Corte. El recurso *in via principale*, por su parte, se activa solamente por las Regiones, respecto a leyes estatales (o de otras Regiones) que sean consideradas lesivas de las propias competencias, y por el Estado, respecto a aquellas leyes regionales que excedan sus atribuciones. La Corte examina la cuestión en una audiencia pública y su decisión puede ser emitida a través de una ordenanza o de una sentencia. Las ordenanzas se limitan a examinar la cuestión de manera superficial, considerando solo los aspectos procesales. Las sentencias efectúan un análisis más profundo de la cuestión, verificando si la norma impugnada es o no conforme a la Constitución. La cuestión, en estas circunstancias, vendrá aceptada o rechazada. En el primer caso, la norma será declarada inconstitucional, luego, anulada con efectos generales (*erga omnes*), ya sea para el futuro o para el pasado. En el segundo, la norma no adquirirá ningún “salvaconducto” particular, pudiéndose dudar de su constitucionalidad en el futuro. Por otra parte, la única alternativa entre estimatoria y desestimatoria ha sido superada a través de la propia jurisprudencia de la Corte, que durante años ha “inventado” toda una serie de pronunciamientos muy sofisticados, con los cuales se “manipulan” los efectos de la inconstitucionalidad, interpretando las normas en cuestión.

La Corte decide en *Camera di Consiglio*, con la intervención de todos los jueces que han sido parte en las audiencias públicas, a través de una mayo-

ría absoluta de los votantes. La no mención del éxito del voto es una manifestación ejemplar del principio de colegialidad, en el sentido de que todas las decisiones son, formalmente, tomadas por unanimidad, sin difundir ni el número ni los argumentos contrarios. En otras palabras, en Italia, a pesar de que se discute hace mucho tiempo, falta la posibilidad de explotar la llamada *dissenting opinion*, tradicionalmente prevista en el sistema de justicia estadounidense y ahora en muchos otros países.

Los *conflictos de atribución* son controversias para reivindicar las competencias constitucionales, vulneradas por actos o por comportamientos de otros órganos. La primera tipología presenta notables analogías con el control de constitucionalidad *in via principale*, incluso si el conflicto puede versar solo sobre actos no legislativos, por ejemplo, los proveídos administrativos. La segunda constituye un remedio general para resolver las controversias entre los órganos supremos de la organización estatal; en efecto se admite que puedan recurrir a la Corte todos los titulares con competencia constitucional para tutelar el correcto ejercicio. La decisión del conflicto, contenida en una ordenanza o en una sentencia, establece a quien corresponde la competencia de decidir, con una eventual anulación del acto controvertido.

La *competencia penal* entra en la denominada justicia política, a efecto de juzgar las violaciones cometidas por los altos mandatarios del Estado por tribunales *ad hoc*, los cuales podrían valorar de mejor manera el carácter “político” de los comportamientos. Actualmente se prevé que pueda activarse únicamente para juzgar la alta traición o el atentado contra la Constitución, cometidos por el presidente de la República. En dichos casos —hasta el momento jamás han ocurrido— la Corte, en composición especial, juzgaría *a posteriori* de la acusación dispuesta por el Parlamento en sesión ordinaria.

El *juicio de admisibilidad del referéndum* se inserta en el procedimiento referendario de la ley previsto en el artículo 75 de la Constitución. El pedido de referéndum abrogativo popular de una ley, promovido por 500 mil electores o cinco consejos regionales, debe ser evaluado preventivamente, en los diversos aspectos, por el *Ufficio Centrale per il Referéndum* tomado por la Corte de Casación. Tal control sirve para verificar que la cuestión del referéndum sea conforme a las prescripciones constitucionales y, por ende, pueda ser legítimamente sometida al voto popular.

Del examen de las cuatro funciones parece que la Corte efectúa un trabajo muy diversificado. Por el contrario, esencialmente juzga sobre cuestiones de legitimidad constitucional.

El control de constitucionalidad representa la competencia principal, no solo porque constituye la razón esencial por la cual el órgano ha sido creado, sino porque también —estadísticamente— incide de manera preponderante en su trabajo. Basta con pensar que cada año, medianamente, la Corte emite 500 decisiones, de las cuales cerca de 85% vienen representadas por juicios de constitucionalidad, con una prevalencia de juicios elevados *in via incidentale* (cerca de 50% del total) y, en los últimos años, una presencia de juicios *in via principale* (aproximadamente 35% del total).

Simplificando, puede decirse que la Corte ha asumido la tarea por la cual el constituyente la había pensado: tutelar la Constitución de posibles manipulaciones de los grupos dominantes. Los valores fundamentales de la Cons-

titudin de 1948 aún hoy se encuentran presentes y arraigados en el sistema italiano, y esto se debe a mérito de la Corte, la cual ha sido garante.

Alfonso Celotto

246. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

La justicia constitucional en Guatemala y la creación por primera vez de una Corte de Constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1965, aunque no se trataba de un tribunal permanente, porque se integraba cada vez que se presentaba una acción de inconstitucionalidad de ley. Regula por primera vez el sistema mixto, sistematizando por una parte la declaratoria de inconstitucionalidad para casos concretos (*control judicial difuso* introducido en la reforma constitucional de 1921), por el cual las partes pueden plantear en cualquier instancia y en casación, antes de dictar sentencia, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Y la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios (*control concentrado*) en vía principal, de leyes o disposiciones gubernativas que contuvieren vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

En la Constitución Política de 1985 se establece la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado, permanente e independiente, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. El título VI, lo regula con el nombre de “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”; se mantienen las tres instituciones de garantía constitucional conocidas en nuestro derecho: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, en sus sistemas difuso y concentrado. Se constituye como el primer tribunal de esta naturaleza en Latinoamérica.

La Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad le asigna a la Corte de Constitucionalidad las siguientes funciones:

a) Conocer en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general.

b) Conocer en única instancia en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República.

c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia.

d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad.

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Esta Corte, conforme el art. 269 constitucional, se integra con cinco magistrados titulares con su respectivo suplente. Duran en sus funciones cinco años y la Presidencia se ejerce por los mismos magistrados titulares que la integran, en forma rotativa, en periodos de un año, comenzando por el de mayor edad, y siguiendo en orden descendente de edades.

Son designados de la siguiente forma: *a)* un magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; *b)* un magistrado por el Pleno del Congreso de la República; *c)* un magistrado por el presidente de la República en Consejo de Ministros; *d)* un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y *e)* un magistrado por la Asamblea General del Colegio de Abogados.

En lo referente a las calidades de los magistrados, deben poseer dentro de sus cualidades personales, el ser de reconocida honorabilidad, poseer por lo menos quince años de graduación profesional, ser abogado colegiado y guatemalteco de origen.

El Pleno de la Corte, que se conforma con los cinco magistrados titulares, lo dirige el presidente de la Corte, quien es la autoridad administrativa responsable. Los magistrados suplentes integran la Corte en caso de ser llamados para resolver los asuntos en que se requiere el conocimiento de siete magistrados o en el caso de que algún titular se hubiere excusado.

En relación con el control de constitucionalidad de normas, conoce:

a) De la acción directa de inconstitucionalidad (*control concentrado*), en la cual las sentencias poseen efectos *erga omnes*; a través de ella se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

b) Es importante destacar en cuanto a la legitimación activa, que en esta clase de inconstitucionalidad se introdujo la “acción popular”, que permite su planteamiento por cualquier persona únicamente con el auxilio de tres abogados.

c) Además, de conformidad con el art. 134 de la Ley de Amparo, están legitimados para promoverla: 1) la Junta Directiva del Colegio de Abogados; 2) el Ministerio Público; 3) el procurador de los Derechos Humanos, y 4) cualquier persona con el auxilio de tres abogados.

d) Inconstitucionalidades en casos concretos: prescriben los arts. 272, inciso *d*, de la Constitución, y 163, inciso *d*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que la Corte tiene competencia para: “Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia”. En este caso no existe acción popular y los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Es requisito imprescindible acreditar el interés jurídico con que procede, que regularmente se presenta en los procesos judiciales. La sentencia se concreta a declarar la inaplicabilidad de la norma al proceso respectivo por contrariar la Constitución, pero no se anula.

En relación con el amparo, es un instrumento de garantía introducido en las reformas constitucionales de 1921, tomado del modelo mexicano, y a partir de la cual se introdujo en todas las Constituciones, hasta la actual de 1985, en donde adopta un sistema mixto con el español de 1978.

La carta magna establece: “el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan” (art. 265).

La competencia de la Corte, conforme se encuentra constituida, permite decidir una amplia gama de asuntos con relevancia para la protección del orden constitucional.

Mauro Roderico Chacón Corado

247. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965

Estructura orgánica y funcionamiento. La Corte de Constitucionalidad estaba compuesta por 12 magistrados (número par) elegidos de la siguiente manera: el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que realiza la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo. El presidente era el mismo que el de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a su funcionamiento, debe anotarse que la Corte de Constitucionalidad no era permanente, como sucede en la vitrina comparada con el grueso de tribunales constitucionales, sino que tan solo se reunía cuando se presentaba un recurso (acción) —en realidad, un verdadero proceso constitucional— de inconstitucionalidad dentro del término de cinco días, que resolvería la suspensión provisional de la ley, sin formación de artículo; y cuando fuere procedente, dentro de los ocho días siguientes (Ley Reglamentaria, art. 109, párr. 3). Es decir, la Corte de Constitucionalidad no tenía una función estable, solamente se integraba cuando se presentaba un recurso de inconstitucionalidad.

Atribuciones: el recurso de inconstitucionalidad. En lo que concierne al recurso de inconstitucionalidad, según lo dispone el artículo 106 de la citada ley reguladora, “La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contras las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad”. Acertadamente, Aguirre Godoy afirma que “se trata de un proceso constitucional en el que existe un conflicto o litis a resolver, aunque sea de carácter jurídico”, dejando de lado el vocablo “recurso”. La Corte de Constitucionalidad al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, tomaba en cuenta que solo podía declararse con el voto favorable de por lo menos ocho de sus miembros. Si la votación daba un resultado menor, la sentencia tenía que limitarse a declarar sin lugar el recurso.

Las partes que estaban legitimadas procesalmente para interponer el recurso de inconstitucionalidad eran: *a)* el Consejo de Estado como órgano consultivo de representación de intereses presidido por el vicepresidente de la República; *b)* el Colegio de Abogados, por decisión de su Asamblea General; *c)* el ministerio público, por disposición del presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros (legitimación activa) y en defensa de la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa de carácter general (legiti-

mación pasiva); d) cualquier persona o entidad a quien afectare directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio. La Corte podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, siempre y cuando la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, debiendo surtir efectos generales (*erga omnes*) y publicarse en el *Diario Oficial* al día siguiente de haberse decretado.

Al no constituirse como un órgano constitucional permanente, había que pronunciarse sobre la suspensión provisional de la norma recurrida. Esta medida cautelar procedía si la inconstitucionalidad era notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, y debía ser dictada con el voto favorable de la mayoría absoluta del total de miembros de la Corte, suspensión que tenía efectos generales. La sentencia debía pronunciarse, conforme lo dispone el artículo 108 de la Ley Constitucional de Amparo, en lo que fuere aplicable, dado el carácter estrictamente jurídico de este recurso, así como en lo dispuesto en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial (poder judicial). Así, cuando la sentencia declaraba la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, esta quedaba sin vigor; y si la ley era parcialmente constitucional, quedaba sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejaban de surtir efecto desde el día siguiente de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*. Es evidente que, al declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, esta quedaba sin vigor *a posteriori*, produciéndose en consecuencia la cosa juzgada con respecto al caso concreto, y con efectos jurisprudenciales.

Pudo entonces la Corte de Constitucionalidad realizar una labor fructífera. A pesar de que en ese lapso conoció tan solo algunos casos, abonó el terreno para que en la Constitución de 1985 volviera sobre el tapete la nueva Corte de Constitucionalidad, órgano que se mantiene en funcionamiento sobre la base de la experiencia de su antecesor. Como lo recuerda García Laguarda, entre 1966 y 1981 la Corte de Constitucionalidad resolvió muy pocas sentencias. Así, el Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa, aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el presidente de la República lo hizo una sola vez —siendo declarado procedente el recurso de inconstitucionalidad—, y los demás recursos fueron interpuestos por particulares.

Una sentencia importante fue la concerniente a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por Unidad Revolucionaria Democrática, partido de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centroizquierda cuyo viacrucis para lograr su inscripción es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario. El recurso en cuestión —presentado dos veces, el 19 de febrero y luego el 22 de abril de 1969— fue “rechazado de plano” por la Corte de Constitucionalidad.

A raíz del golpe de Estado de 23 de marzo de 1982, se declaró en suspenso la Constitución de 1965. Luego, el proceso de transición política dio como resultado la actual Constitución de 1985, “en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de impulsar la plena vigencia de los derechos huma-

nos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”, lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos los de “La persona humana, fines y deberes del Estado” y “Derechos humanos”. Además, incluyó un título especial, el VI, sobre “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”.

José F. Palomino Manchego

248. CORTE DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DE ÁFRICA OCCIDENTAL

La Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) es una comunidad económica regional de la subregión de África occidental compuesta por 15 Estados miembros. Mediante su instrumento constitutivo, el Protocolo A/P1/7/91, la Corte de Justicia de la CEDEAO se constituyó como el principal órgano jurídico de la Comunidad, con la función principal de interpretar y aplicar el Tratado revisado de la CEDEAO y demás textos comunitarios. La Corte se creó inicialmente como un tribunal interestatal, pero tras la modificación de su Protocolo inicial, en 2005, mediante el Protocolo complementario A/SP.1/01/05, se otorgó un acceso limitado a personas físicas y morales respecto a ciertas causas de acción.

El Protocolo complementario también otorgó jurisdicción a la Corte para conocer de los casos de violación a derechos humanos que ocurren en cualquier Estado miembro. El mismo Protocolo le otorgó a dicho órgano jurisdiccional cuatro mandatos distintos: *a)* como tribunal de la Comunidad; *b)* como tribunal de arbitraje; *c)* como tribunal de servicios públicos de la CEDEAO, y *d)* como tribunal de derechos humanos.

Sin embargo, este último se ha convertido en el más destacado, ya que en la mayoría de los casos presentados ante la Corte se alegan violaciones a derechos humanos en los Estados miembros. El mandato de derechos humanos es fluido e indeterminado, en razón de que el Protocolo complementario no establece el estándar aplicable en materia de derechos humanos, la naturaleza y el alcance de dicho mandato o las partes que pueden ser juzgadas por violación de los derechos humanos. Por tanto, ha sido a través de su jurisprudencia que dicho órgano ha podido definir y delimitar la naturaleza y el alcance del mandato de derechos humanos, los instrumentos de derechos humanos aplicables y las partes que pueden comparecer ante él para alegar violaciones de derechos humanos. En este sentido, ha sostenido firmemente que el alcance de su mandato de derechos humanos es amplio. En su fallo *Linda Gomez vs. Gambia* (CCJELR, 2013, 307) explicó lo siguiente: “28. Article 9(4) of the Protocol on the Court as amended clearly gives this Court Jurisdiction over any human rights violation that occur within Member States of ECOWAS. The Court’s human rights jurisdiction is expansive. Indeed, Article 10(d) of the Protocol as amended lays down only two conditions necessary to the admissibility of human rights cause that occur within ECOWAS Member States”.

La Corte precisó que solo un individuo o una organización no gubernamental (*Rev. Fr Solomon Mfa & Ors vs. Nigeria* Judgment ECW/CCJ/JUD/06/19) debidamente registrada puede iniciar acciones por violación a

derechos humanos y que solo los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad pueden ser demandados por violaciones de los derechos humanos (véase *Center for Democracy and Development [CDD] & Anor vs. Mamoudu Tandja & Anor*, CCJELR, 2011, 103; *Alhaji Muhammed Ibrahim Hassan vs. Gov of Gombe State*, CCJELR, 2012, 81; *Peter David vs. Ambassador Ralph Uwechue*, CCJELR, 2010, 213 y *SERAP vs. Nigeria*, CCJELR, 2012, 249-357).

De conformidad con el artículo 10 (d) del Protocolo reformado, solo hay dos condiciones de admisibilidad para presentar un caso de violación a derechos humanos ante la Corte, siendo estos: 1) que la aplicación sea anónima, y 2) que la solicitud no se realice mientras el mismo asunto este pendiente de resolución ante otra jurisdicción internacional.

La Corte ha señalado consistentemente que asumirá la jurisdicción de forma automática una vez que se presente una denuncia formal de violación de los derechos humanos que satisfaga las condiciones antes mencionadas. Por ejemplo, en *CDD y CDHRD vs. Mamadou Tandja & Anor* (CCJELR, 2011, 103-118), resolvió: “[...] the Court adjudges that it has jurisdiction to sit on a case once human rights violation is alleged in a dispute submitted before it [...]”.

Dado que los Estados miembros, en el artículo 4 (g) del Tratado revisado de la CEDEAO, se comprometieron a garantizar el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos humanos y de los pueblos de conformidad con la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), la Corte determinó, desde sus primeras decisiones, de conformidad con el citado precepto, que aplicaría el catálogo de derechos de la Carta de Banjul. Además, que aplicará los instrumentos básicos de derechos humanos de las Naciones Unidas, 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, así como cualquier otro tratado de derechos humanos firmado por cualquier Estado miembro (véase *Amouzou Henry & 5 Ors vs. Cote d'Ivoire*, CCJELR, 2004-2009, 281, 297-298 y *SERAP & Ors vs. Nigeria & Ors*, CCJELR, 2012, 249-357).

Cabe señalar que la característica distintiva del mandato de derechos humanos de la Corte de Justicia de la CEDEAO es que no exige el agotamiento de los recursos locales. Así, dicho Tribunal ha precisado reiteradamente que las condiciones de admisibilidad no incluyen tal agotamiento. El principio del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos locales es una norma flexible que no fue contemplada por los legisladores de la CEDEAO. Aunque la Carta de Banjul prevé el agotamiento de los recursos internos, la Corte ha dejado en claro que solo se basa en esta última para fijar el catálogo de derechos y en su propio Protocolo para el método de aplicación de estos. Tomando en cuenta que su Protocolo no preveía el agotamiento de los recursos locales como una de las condiciones de admisibilidad, ha insistido en que no impondrá a los solicitantes el cumplimiento de mayores requisitos a los previstos en dicho documento, por lo que, según su jurisprudencia, no existe requisito de agotamiento de los recursos internos (véase *Professor Etim Moses Essien vs. The Republic of the Gambia & Anor; Hadijatou Mani Koraou vs. The Republic of Niger*, CCJELR, 2004-2009, 217, 36; *Musa Saidykhan vs. The Republic of the Gambia*, CCJELR, 2010, 139 y *Ocean King Nig. Ltd vs. Republic of Senegal*, CCJELR, 2011, 139, suit no. ECW/CCJ/APP/05/08).

Al revisar las denuncias de derechos humanos, la Corte de Justicia de la CEDEAO ha sido coherente en responsabilizar a los Estados miembros de sus obligaciones derivadas del Tratado. En esta tesitura, ha indicado que en términos de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional consuetudinario, el Estado es el único responsable de cualquier violación a derechos humanos protegidos por el derecho internacional, pues se encuentra obligado a respetar, proteger y cumplir los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales en la materia. Así, en *Mohammed El Tayyib Bah vs. Republic of Sierra Leone* (suit no. ECW/CCJ/APP/20/13, judgement no. ECW/CCJ/JUD11/15, p. 5) refirió: “For avoidance of doubt, at this stage of development of international Human Rights Law Regime, persons, including States, must be careful with regard to the treatment of their nationals or citizens and other individuals within their territorial jurisdictions. Where their acts or omissions towards such persons violate their rights as enshrined in international instruments, an international tribunal, such as ours, will have no alternative than to hold them answerable for the wrongs. The era of gross impunity by Members and their Governments in our sub-region shall no longer be tolerated”.

La Corte también ha dejado en claro que para la protección de los derechos humanos se basa en los tratados que los Estados miembros han firmado voluntariamente y no en sus constituciones. Asimismo, que los Estados miembros no pueden invocar sus constituciones y leyes nacionales para derogar sus obligaciones convencionales y que estas tampoco pueden prohibir que tengan jurisdicción en materia de derechos humanos ni inhibir la aplicación de los instrumentos que un Estado miembro haya suscrito (véase *Linda Gomez & Ors vs. Republic of The Gambia*, CCJELR, 2013, 307, suit no. ECW/CCJ/APP/18/12 y *The Registered Trustees of Jama'a Foundation & 5 Ors vs. Federal Republic of Nigeria*, CCJELR, 2012, 317, párrs. 43, 44 y 47, 7 de diciembre de 2012).

La Corte ha enfatizado que es un Tribunal internacional y que las disputas que se le presenten deben tener el mismo carácter. En *Peter David vs. Ambassador Ralph Urwechue* (CCJELR, 213, suit no. ECW/CCJ/APP/04/09, ruling no. ECW/CCJ/RUL/03/10, 11 de junio de 2010) subrayó que: “it is an international Court established by a Treaty and, by its own nature, it should primarily deal with disputes of international character (and) essentially applies international law (and) as an international Court with jurisdiction over Human Rights violation the Court cannot disregard the basic principles as well as the practice that guide the adjudication of the disputes on human rights at the international level” (párrs. 40 y 41, Ruling de 11 de junio de 2010. Véase también *The Registered Trustees of Jama'a Foundation & 5 Ors vs. Federal Republic of Nigeria & Anor*, CCJELR, 2012, 317).

Un elemento cardinal de la jurisprudencia emitida por esta Corte es la afirmación reiterada de que no se trata de un tribunal de apelación o de casación que actúe por encima de los tribunales nacionales de los Estados miembros. El órgano judicial de la CEDEAO, en una larga línea jurisprudencial derivada de diversos casos, afirmó el mantra de que no es un tribunal de apelaciones (*Moussa Leo Keita vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2004-2009, 63 y 72 a 74; *Alhaji Hammani Tidjani vs. Federal Republic of Nigeria*, CCJELR, 2004-2009, 77-84; *Chief Frank Ukor vs. Mr Rachad Laleye*, CCJELR, Pt2, 2009, 30, pp. 53

y 54; *Sikiru Alade vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW /CCJ/APP/05/11, judgment no. ECW/CCJ/JUD/10/12, párr. 34; *El Haji Mame Abdou Gaye vs. Republic of Senegal*, suit no. ECW/CCJ/APP/28/11, judgment no. ECW/CCJ/JUD/01/12, párr. 46; *Linda Gomez & 5 Ors vs. Republic of the Gambia*, CCJELR, 2013, 307, párr. 27; *Madam Isabelle Manavi Ameganvi vs. Republic of Togo*; In Re, application for revision, suit no. ECW/CCJ/APP/06/10/REV, judgment no. ECW/CCJ/JUD/06/12, 3 de marzo de 2012, párr. 17; *Bakary Sarre & 28 Ors vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2011, 57, suit no. ECW/CCJ/APP/09//09, judgment no. ECW/CCJ/JUD/03/11, párr. 29; *Dr. Mahamat Seid Abazene vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2010, suit no. ECW/CCJ/APP/11/08, judgment no. ECW/CCJ/JUD/05/10, 4 de marzo, párr. 28).

Edward Amoako Asante
(traducción de María Alejandra de la Isla Portilla)

249. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Pacto de San José”) y otros tratados de similar naturaleza en casos en donde sea competente. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conforman el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (sistema interamericano), que constituye un medio subsidiario y complementario a las instituciones estatales en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

La Corte fue creada como resultado de la adopción del Pacto de San José el 22 de noviembre de 1969, instrumento 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. Quedó integrada el 22 de mayo de 1979, fecha en que la Asamblea General de la OEA eligió a los primeros jueces que la compondrían. Su primera sesión fue celebrada en la sede de la OEA, en la ciudad de Washington, D.C., los días 29 y 30 de junio de 1979. Meses más tarde se realizó la instalación de la sede permanente en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, lugar donde la Corte permanece hasta la actualidad. La primera sentencia de fondo de la Corte emitida en ejercicio de su jurisdicción contenciosa fue el paradigmático *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988, relacionado con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de agentes del Estado.

La Corte está compuesta por siete jueces, para un periodo de seis años. Pueden ser reelegidos una vez, permaneciendo en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, aun cuando su mandato haya terminado, los jueces siguen conociendo de los casos a que ya se han abocado y que se encuentran en estado de sentencia, a cuyos efectos no son sustituidos por los nuevos jueces elegidos. No podrá haber dos jueces de la misma nacionalidad. Cada dos años se elige al presidente y vicepresidente, en votación secreta de los jueces titulares presentes, con posibilidad de reelección.

Los jueces son elegidos en la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuesta por los Estados partes de la Convención, en votación secreta, y por mayoría absoluta de votos de esos mismos Estados. Cada uno de

los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, quienes pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Esto último significa que es posible que un ciudadano de un Estado que no es parte de la Convención Americana sea elegido juez de la Corte, como sucedió con el jurista estadounidense Thomas Buergenthal, en 1979, que fue propuesto por Costa Rica.

Para ser nombrado juez se requiere cumplir con los siguientes requisitos: ser nacionales de alguno de los Estados miembro de la OEA; ser elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral; gozar de una reconocida competencia en materia de derechos humanos, y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Ante el fallecimiento o renuncia de un juez titular se nombrará un *juez interino* para reemplazarlo, debiendo completar el periodo faltante; asimismo, solo en casos contenciosos interestatales puede nombrarse un *juez ad hoc* en el supuesto en que entre los jueces llamados a conocer del caso, ninguno fuese de la nacionalidad de los Estados partes.

Las *competencias y funciones* de la Corte se despliegan en las siguientes vertientes: consultiva, contenciosa (individual e interestatal, y de supervisión), preventiva y reguladora.

La *competencia consultiva* otorga atribuciones a la Corte para conocer y resolver consultas sobre cuestiones relevantes en materia de derechos humanos presentadas por los Estados parte de la OEA y por otros de sus órganos, tales como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La función consultiva comprende dos hipótesis: la primera, la interpretación de las disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos; la segunda se refiere a la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales. La Corte ha emitido 20 *opiniones consultivas* hasta enero de 2014 (teniendo una pendiente por resolver sobre niñez migrante), mismas que han abordado temas como la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, las restricciones a la pena de muerte, entre otras.

La *competencia contenciosa* otorga a la Corte atribuciones para conocer de casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Para ello, es requisito que el Estado parte en el caso haya reconocido dicha competencia. Han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte 23 Estados miembros de los 35 que conforman la OEA, habiendo denunciado la Convención dos Estados: Trinidad y Tobago (1999) y Venezuela (2013). Solo los Estados parte (en conflictos interestatales) y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Por lo tanto, los individuos no tienen derecho a presentar peticiones de manera directa ante la Corte. Igualmente, es necesario que se agote el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Cuando la Corte conozca de un caso y decida que existió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención u otro tratado, dispondrá en la sentencia que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o li-

bertad conculcados, y dispondrá, en caso de ser necesario, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables. La Corte ha resuelto 172 casos en ejercicio de su jurisdicción contenciosa hasta enero de 2014, ninguno de ellos relativo a conflictos entre Estados hasta el momento.

La *competencia contenciosa* incluye la *competencia de supervisión*, la cual permite a la Corte verificar el cumplimiento de los deberes del Estado derivados de sus resoluciones. Esta competencia no está expresamente establecida en el Pacto de San José, pero la Corte ha entendido que dicha función es inherente a su jurisdicción, considerando la naturaleza y los valores comunes en los que se inspira la Convención Americana. En consecuencia, la Corte tiene la facultad de solicitar a los Estados responsables la presentación de informes sobre las gestiones para dar aplicación a las medidas de reparación ordenadas por ella en casos contenciosos, de evaluar dichos informes y de emitir resoluciones sobre el cumplimiento de sus fallos. Los medios para controlar el cumplimiento de las resoluciones incluyen ordenar a las autoridades ejecutivas o administrativas la ejecución forzada de los fallos, cambios legislativos, anulación de sentencias, entre otros. En este sentido, la Corte además puede señalar en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus resoluciones.

La *competencia preventiva* permite a la Corte adoptar las medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo, o a solicitud de la Comisión Interamericana, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas. Las características principales de estas medidas es que son temporales, teniendo un doble carácter: *cautelar*, al buscar mantener la situación jurídica en un caso concreto, y *tutelar*, al buscar la preservación efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando enfrentan situaciones de extrema gravedad y urgencia. Más de 25 000 personas han sido beneficiarias de estas medidas. Los beneficiarios pueden ser individuos, comunidades o incluso colectivos de personas, siempre y cuando puedan ser identificables por elementos objetivos.

La Corte posee también *facultades reguladoras* en general, las cuales incluyen la capacidad autónoma de adoptar su Reglamento, designar su secretario, y aprobar el presupuesto de gastos, entre otras.

La fuente principal de derecho que la Corte utiliza en el ejercicio de su jurisdicción *rationae materiae* es la Convención Americana. Sin embargo, la Corte puede también pronunciarse sobre violaciones a otros tratados que están estructuralmente ligados al Pacto de San José, que gozan de una cláusula que otorga dicha competencia de manera implícita o explícita, y que han sido ratificados por el Estado parte en un caso. Estos instrumentos incluyen los dos protocolos adicionales a la Convención Americana, relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte. Asimismo, comprenden la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Además, la Corte también puede utilizar otros instrumentos internacionales de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones establecidas en el Pacto de San José; esto sucede, por ejemplo, con la utilización de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte celebra actualmente seis periodos de sesiones al año, que pueden ser ordinarias (en su sede) y extraordinarias (fuera de su sede). El quórum para las deliberaciones es de cinco jueces, y las decisiones de la Corte se toman por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

250. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COMPETENCIA CONSULTIVA)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. Su función consultiva se rige por las disposiciones del art. 64 de la Convención. Por su parte, el citado precepto de la CADH dice, textualmente: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

El origen de las opiniones consultivas no es reciente; por ejemplo, según el art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o cualquier cuestión que le fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. En la actualidad, el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad la posibilidad de solicitar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. En ciertas condiciones, otros órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas pueden solicitar a la CIJ opiniones consultivas, pero no autoriza para ello a los Estados miembros (párr. 15, OC-1/82). Por su parte, el art. 47 del Convenio Europeo de Derechos Humanos faculta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.

Por tanto, la función consultiva que confiere a la Corte IDH el art. 64 de la CADH solo tiene paralelo con la Corte Africana de Derechos Humanos y

de los Pueblos, en función de lo dispuesto por el art. 4o. del Protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que establece la creación de la Corte: “Artículo 4o. Opiniones consultivas. 1. A petición de un Estado miembro de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de cualquier órgano de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA, la Corte podría realizar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica respecto a la Carta o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos...”.

La función consultiva tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA (OC-1/82).

El Reglamento de la Corte IDH, en sus arts. 70 a 72, se refiere a la materia objeto de la consulta:

1) *Interpretación de la CADH.* Las solicitudes de opinión consultiva deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las solicitudes formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente o de los delegados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

2) *Interpretación de otros tratados.* Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el art. 64.1 de la CADH, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

3) *Interpretación de leyes internas.* La solicitud presentada de conformidad con el art. 64.2 de la CADH deberá señalar: a) las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b) las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, y c) el nombre y la dirección del agente del solicitante. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Con respecto a este último supuesto, la Corte IDH ha considerado que esta posibilidad de consulta alcanza también las hipótesis de proyectos de leyes, sin constreñirse a normas jurídicas que han entrado en vigor (OC-12/91).

Adicionalmente, la Corte IDH ha sostenido la posibilidad de opinar acerca de derechos contenidos en tratados internacionales que no tienen por objeto principal los derechos humanos (OC-16/99).

En cuanto al procedimiento, el art. 73 del Reglamento dispone: “1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al secretario general y a los órganos de la OEA a

cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso. 2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquellas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente. 4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

Con referencia específica a la audiencia, la opinión consultiva 16 tiene una importancia especial al haber contado con un procedimiento consultivo muy variado, en el que, a la par de los ocho Estados intervinientes, hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONG de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte. Todo juez que haya participado en la emisión de una Opinión Consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte IDH su voto razonado, disidente o concurrente.

La Corte IDH ha establecido que el solo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del art. 64.1 de la CADH, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el art. 64, la Corte IDH carecería de competencia para emitir su opinión (OC-15/97). La Corte IDH también rechaza que se puedan presentar como solicitudes de opinión consultiva casos contenciosos encubiertos (OC-14/94). Concomitantemente, la Corte IDH podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención, ya sea por otra razón análoga (OC-1/82).

Al analizar si las opiniones consultivas tienen carácter vinculante, Juan Carlos Hitters sugiere que, si bien en principio la respuesta parece ser negativa, también es cierto que estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos. “Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”, concluye

Hitters. Pedro Nikken sostiene, por una parte, que el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH es jurisdiccional y, por otra, que las opiniones consultivas de la Corte IDH son jurisprudencia internacional. Por su parte, Florentín Meléndez sostiene que las opiniones consultivas son vinculantes y que un Estado de derecho no solo debe acatarlas sino que debe disponer de los medios y las medidas para que la violación de esos derechos no vuelva a repetirse. Finalmente, de acuerdo con Fabián Salvioli, una interpretación *pro personae* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la CADH u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la OEA; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH en cualquiera de las funciones que la CADH le asigna.

Como da cuenta el Informe Anual 2012 de la Corte IDH, las opiniones consultivas son instrumentos útiles para que los Estados y los mismos órganos de la OEA consoliden y amplíen, sin esperar una violación a los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano, a través de la creación de estándares claros y vigorosos para la promoción, defensa y garantía de los derechos humanos en el hemisferio. A través de sus numerosas opiniones consultivas, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva de la Corte; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; hábeas corpus bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana, y el art. 55 de la Convención Americana.

A la fecha, la Corte IDH ha emitido veinte opiniones consultivas, seis fueron solicitadas por la CIDH, cuatro por Costa Rica, tres por Uruguay, dos por México y una, respectivamente, por Argentina, Colombia, Chile, Perú y Venezuela.

Cynthia Chanut Esperón

251. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COMPETENCIA CONTENCIOSA)

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consiste en la jurisdicción de este tribunal internacional para conocer los casos que le someta a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o, en su caso, el Estado parte.

Para que la Corte IDH pueda ejercer su jurisdicción contenciosa con carácter obligatorio y general, se requiere que el Estado concernido haya ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, asimismo, haya declarado que reconoce la competencia de dicha Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

La competencia contenciosa de la Corte IDH tiene cuatro presupuestos determinantes: en razón de la materia (*ratione materiae*), en razón del tiempo (*ratione temporis*), en razón del lugar (*ratione loci*), y en razón de la persona (*ratione personae*). En este sentido, la Corte IDH es competente en razón de la materia, en general, en casos relativos a las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH o en cualquier otro tratado que le refiera dicha competencia (por ejemplo, Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de “Belém do Pará”). En razón del tiempo, la Corte IDH solo es competente para conocer de los hechos que potencialmente constituyan violaciones a derechos humanos ocurridos a partir del momento de la ratificación de la CADH y, en general, hasta el momento en el que se materialice la denuncia de dicho instrumento. En cuanto a la razón del lugar, la Corte IDH es competente para conocer de las violaciones imputables a la jurisdicción del Estado, ya sea dentro de su territorio o fuera de él. Finalmente, la competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos se refiere a las personas naturales (humanas) determinadas o determinables, incluidas las violaciones a personas jurídicas que repercuten en personas humanas (por ejemplo trabajadores de un sindicato, integrantes de un partido político, directivos y accionistas de una empresa, miembros de una cooperativa, etcétera).

La competencia contenciosa de la Corte IDH requiere que previamente una petición presentada ante la CIDH sea decidida mediante un informe de fondo con las conclusiones sobre las violaciones a la CADH y las recomendaciones reparatorias. Si dentro de los tres meses siguientes la situación no se ha solucionado en el mejor interés de la víctima, la CIDH podrá enviar el caso a la Corte IDH. En esta nueva etapa judicial internacional, las víctimas se incorporan con legitimación propia mediante un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual, a su vez, debe ser respondido por el Estado demandado. Luego de las pruebas, la audiencia y las conclusiones, el proceso ante la Corte IDH termina con una sentencia definitiva e inapelable mediante la cual, cuando decida que hubo violación de un derecho protegido en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho conculcado y dispondrá, asimismo, de ser procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la víctima.

La competencia contenciosa se distingue de la competencia “consultiva” de la Corte IDH, la cual no tiene por objeto la resolución jurisdiccional de un caso relativo a la presunta violación a un derecho humano de la víctima, sino que con ella se pretende una opinión consultiva sobre la interpretación abstracta: a) de alguna o algunas disposiciones de la CADH u otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en

los Estados americanos, o *b*) la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado miembro de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales.

Carlos Ayala Corao

252. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte”) es una institución judicial autónoma, ubicada en San José de Costa Rica. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En la función jurisdiccional de la Corte, esta debe determinar si existen violaciones a la Convención y, en su caso, declarar la responsabilidad estatal, velar por la protección de los derechos y establecer la reparación requerida. La Corte tiene su origen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “Convención”) adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, aunque el funcionamiento de la Corte inició hasta 1979 al aprobarse su Estatuto. Las funciones, mandato y organización de la Corte tienen sustento en la Convención, su Estatuto y su Reglamento.

La Corte se compone por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, mismos que son elegidos por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, por un periodo de seis años y con derecho a ser reelegidos una vez.

La Corte procesa casos que le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los Estados (la CIDH es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para poner en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos), o casos de Estados en contra de Estados y responde a peticiones de opiniones consultivas cuando los Estados u organismos de la Organización de Estados Americanos (OEA) solicitan la interpretación del marco jurídico interamericano.

La Corte debe verificar oficiosamente su competencia para conocer de un caso en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, de la materia objeto de controversia y en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la CIDH. La Corte tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. En este sentido, la Corte solo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa.

Al conocer de algún asunto, la Corte tiene las siguientes facultades (contenidas en el art. 63.1 de la Convención): *a*) la de disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la misma declare han sido afectados en ellos; *b*) la de ordenar la reparación de los derechos vulnerados y el pago de una indemnización a la parte lesionada, y *c*) la de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas.

En relación con el derecho a la reparación, la Corte ha establecido que este es un principio de derecho internacional. Así, ha determinado que la reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización. La Corte, en su jurisprudencia, se ha basado en la noción de reparación integral que com-

prende medidas de indemnización (como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales), restitución (restablecimiento de la situación existente antes de la violación a un derecho), compensación (pagos), rehabilitación (medidas de atención médica y psicológica para atender necesidades de las víctimas), satisfacción (medidas para redignificar a las víctimas) y garantías de no repetición (medidas para que no vuelvan a ocurrir las violaciones a derechos humanos en cuestión).

Cuando un caso es sometido a la jurisdicción de la Corte, su función se centra en analizar los hechos a la luz de la Convención u otros instrumentos aplicables; determinar si los peticionarios son víctimas de las violaciones a derechos humanos alegadas; en su caso establecer la responsabilidad internacional; determinar si el Estado en cuestión debe adoptar medidas de reparación —mencionadas anteriormente—, y finalmente supervisar el cumplimiento de sus decisiones. El fallo de la Corte es definitivo e inapelable.

Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones de sus convenios. En este sentido, si un Estado se rehúsa a cumplir una sentencia de la Corte se estaría violando uno de los principios más importantes y fundamentales de la jurisprudencia internacional y de la mecánica jurídica de los tratados: el *pacta sunt servanda*, que prescribe la obligatoriedad de los pactos y de esta forma exige el cumplimiento de buena fe de los mismos.

No obstante lo anterior, en el sistema interamericano, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias con posterioridad a la emisión de las decisiones, y con fundamento en el reglamento de la Corte, esta requiere informes de los Estados respecto del cumplimiento de las sentencias, mismos que serán observados y comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, y de estimarlo conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, se determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Posteriormente la Corte somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior, en el cual señala los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. En este sentido, el 29 de junio de 2005 la Corte emitió una resolución relativa a la aplicabilidad del art. 65 de la Convención, en la que estableció que si el Estado en cuestión no acredita el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su informe anual a la Asamblea General. Sin embargo, a la fecha no se ha puesto en práctica esta disposición que faculta a la Corte a remitir los casos de incumplimiento de sentencias a la OEA.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

253. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ESTATUTO)

La idea de establecer una Corte para proteger y hacer vigentes los derechos fundamentales en las Américas surge de la expansión de los medios de tutela nacionales hacia el derecho internacional de protección jurisdiccional sub-

sidiaria y reforzada de los derechos humanos. Es en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia, 1948) cuando se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en cuyo texto se consideró que la protección de esos derechos “debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. En consecuencia, encomendó al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

El Comité Jurídico Interamericano, en su Informe al Consejo Interamericano de Jurisconsultos del 26 de septiembre de 1949, consideró que la “falta de derecho positivo sustantivo sobre la materia” constituía “un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte”. Que lo aconsejable sería que una Convención que contuviera normas de esta naturaleza precediera al Estatuto, y que el Consejo de Jurisconsultos debería proponer tal solución a la Décima Conferencia Interamericana.

La Décima Conferencia Internacional Americana (Caracas, Venezuela, 1954), en su Resolución XXIX “Corte Interamericana para Proteger los Derechos Humanos”, remitió a la Undécima Conferencia la consideración sobre ese asunto para que tomara una decisión con base en los estudios que al respecto hubiera realizado el Consejo de la Organización de Estados Americanos.

La Conferencia encomendó al Consejo que continuara con dicha tarea sobre la base de los proyectos ya existentes y a la luz de sus propias experiencias. La Undécima Conferencia, sin embargo, nunca llegó a celebrarse.

Posteriormente, la Quinta Reunión de Consulta (1959), en la parte primera de la resolución sobre “Derechos Humanos”, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una “Corte Interamericana de los Derechos Humanos” y, al unísono, otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

Como se señaló, el Consejo de Jurisconsultos elaboró un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos que preveía la creación y funcionamiento de una Corte y una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el que fue sometido a consideración de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria y luego enviado al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara. El Consejo recibió la directiva de escuchar previamente a la Comisión de Derechos Humanos y a otros órganos y entidades que estimara conveniente, para enseguida convocar a una Conferencia Especializada Interamericana.

El 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada reunida en San José de Costa Rica se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la que se crea una Corte Interamericana (Capítulo VII de la Parte II). No obstante, tuvieron que pasar cerca de diez años para que quedara formalmente instalada (3 de septiembre de 1979) en esa misma sede. Lo que aconteció una vez que entró en vigor la Convención Americana (18 de julio de 1978), al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro.

Durante el Noveno periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, celebrada en La Paz, Bolivia, en 1979, aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(Resolución 448) y entró en vigor hasta el 1o. de enero de 1980. Así queda definida la Corte como una “institución judicial autónoma”.

Este instrumento internacional en materia de derechos humanos ha sido publicado en los idiomas castellano, francés, inglés y portugués. Tiene carácter vinculante dentro de un escenario regional (Américas), pues está circunscrito a los miembros de dicha organización. Aunque solo 21 países de los 34 Estados miembros han ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. A través del mismo se regula la composición, funciones, sede, competencia y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este ordenamiento está compuesto por siete capítulos que contienen un total de 32 arts. El primer capítulo, relativo a las disposiciones generales, consta de tres arts. que comprenden la naturaleza y régimen jurídico, competencia y funciones, así como la sede de la Corte. El segundo capítulo corresponde a la composición de la Corte, y abarca de los arts. 4 a 11, referentes a la integración, mandato de los jueces, fecha de la elección de los jueces, candidatos, elección, procedimiento previo, votación, jueces *ad hoc* y juramento.

El tercer capítulo versa sobre la estructura de la Corte (arts. 12-14) y se ocupa de la presidencia, precedencia y secretaría de dicho órgano. Por su parte, el cuarto capítulo desarrolla, en los numerales 15 a 21, los derechos, deberes y responsabilidades, en particular, los temas de inmunidades y privilegios, disponibilidad, emolumentos, incompatibilidades, impedimentos, excusas e inhabilitación, responsabilidades y régimen disciplinario, renunciaciones e incapacidad.

En el capítulo quinto relativo, al funcionamiento de la Corte que comprende los arts. 22 a 26, se determinan las sesiones, quórum, audiencias, deliberaciones y decisiones, reglamento y normas de procedimiento, así como el presupuesto y régimen financiero.

En el sexto capítulo, atinente a las relaciones con Estados y organismos, los arts. 27 a 30 del Estatuto establecen los siguientes temas: relaciones con el país sede, con estados y organismos, relaciones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acuerdos de cooperación, informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Por último, el capítulo séptimo, relativo a las disposiciones finales, contiene en los arts. 31 y 32 las reformas al Estatuto y la vigencia.

Jorge Meza Pérez

254. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (EXCEPCIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD DEL CASO)

Las excepciones preliminares son un mecanismo de defensa procesal de los Estados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Buscan evitar que la Corte conozca del fondo de un caso o parte de este. Como su nombre lo indica, las excepciones preliminares deben resolverse de forma previa al estudio del fondo del asunto, pues de su resolución dependerá si la Corte conocerá o no del caso; sin embargo, la presentación de las mismas no suspende el procedimiento de fondo.

El reglamento de la Corte IDH establece que las excepciones preliminares deben presentarse junto con el escrito de contestación del Estado. Se-

guidamente, los representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pueden presentar sus observaciones a estas excepciones en un plazo de 30 días. La Corte puede convocar a una audiencia exclusiva sobre excepciones preliminares y/o emitir una sentencia independiente y previa a la sentencia del fondo. No obstante, la práctica actual es que en la mayoría de los casos se realiza una sola audiencia sobre excepciones preliminares y eventuales, fondo, reparaciones y costas, y se emite una sola sentencia.

Al ser argumentaciones que buscan impedir que la Corte conozca del fondo de un caso, las excepciones preliminares se refieren a cuestiones de competencia o de admisibilidad. La Corte ha sido constante en su jurisprudencia en rechazar las excepciones preliminares que se refieran al fondo del caso.

Las excepciones relativas a la competencia objetan que la Corte tenga competencia en razón de la persona, el tiempo, el lugar o la materia. Pueden hacer referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o a otros tratados que se estén alegando en el caso.

Por su parte, en las excepciones relativas a la admisibilidad se alega que se habría incumplido algún requisito procesal que establece la Convención Americana para que el Sistema Interamericano conozca de un caso.

La CADH establece los requisitos de admisibilidad de las “comunicaciones o peticiones” ante la Comisión, órgano inicialmente facultado y, a su vez, obligado a examinar si las peticiones cumplen con estos requisitos. La Corte solo analiza si el caso debió o no ser admitido cuando se presentan excepciones preliminares al respecto.

Considerando que la Comisión es la principal encargada de decidir sobre la admisibilidad de un caso, cualquier cuestión relativa a la admisibilidad debe ser planteada por el Estado primero ante dicho órgano. De no hacerlo así, la Corte considera que la excepción preliminar es extemporánea.

Entre los requisitos que deben cumplir las peticiones para que puedan ser conocidas por la Comisión, se encuentran: “a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva [y] c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional” (art. 46 CADH). El alegado incumplimiento de cada uno de estos requisitos puede ser planteado como una excepción preliminar ante la Corte. En otra entrada de este diccionario se profundiza sobre la excepción preliminar relativa a la falta de agotamiento de recursos internos.

Adicionalmente, la Convención describe de forma general el procedimiento ante la Comisión. Los Estados han presentado excepciones preliminares sobre alegados incumplimientos a este procedimiento o, de forma más general, alegadas violaciones de su derecho de defensa ante la Comisión.

Por último, también se puede alegar como excepción preliminar que se haya incumplido con las condiciones estipuladas por la Convención para que el caso pueda ser sometido a la Corte. En particular, la CADH otorga a la Comisión y al Estado interesado la facultad de decidir si remiten el caso a la Corte en un plazo de tres meses una vez notificado el informe de fondo. Puede ser alegado como excepción preliminar que se haya incumplido con este plazo.

Patricia Tarre Moser

255. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (MEDIDAS PROVISIONALES)

Una de las competencias fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la facultad de otorgar “medidas provisionales”, que deben diferenciarse de las “medidas cautelares” que dicta la Comisión Interamericana. Las medidas provisionales tienen su fundamento en el art. 63.2 del Pacto de San José, que prevé que “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión [Interamericana]”.

La consagración de estas medidas en el Pacto de San José denota indiscutiblemente el *carácter vinculante* de las mismas respecto a los Estados partes de dicho instrumento internacional.

La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas provisionales dictadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen un doble carácter. Por un lado poseen un carácter *cautelar*, que tiene por objeto asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo a través del resguardo del procedimiento hasta la emisión de una decisión final, y por otro lado un carácter *tutelar*, puesto que busca la preservación efectiva de los derechos fundamentales en riesgo para evitar daños irreparables a las personas. Este último aspecto es el que ha permitido afirmar que la naturaleza jurídica de estas medidas sea de *auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*.

El otorgamiento de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, por su propio objeto y naturaleza jurídica, constituye siempre una protección preventiva; no determina una sentencia provisoria, y a través de ellas tampoco se prejuzga sobre los méritos de una petición o un caso sobre el fondo sometido ante el sistema interamericano. Tampoco su adopción determina por sí misma el inicio del proceso, pues es posible que existan medidas sin que se presente un caso ante la Corte.

Sin embargo, cabe destacar que no toda situación o potencial violación a los derechos humanos amerita el otorgamiento de las medidas. La Convención Americana establece los requisitos que deben ser verificados, a saber: a) una situación de *extrema gravedad y urgencia*, y b) la necesidad de *evitar daños irreparables* a las personas.

De acuerdo con el Reglamento de la Corte, las medidas provisionales pueden ser solicitadas a la Presidencia de la Corte, a cualquiera de los jueces, o a la Secretaría del Tribunal, por cualquier medio de comunicación. Si la Corte no se encuentra reunida al recibir la solicitud, la Presidencia de la Corte, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá que el Estado en cuestión dicte las providencias urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las posibles medidas provisionales que pueda tomar la Corte. Una vez que esta se reúna podrá *confirmar, ampliar o modificar* las medidas dispuestas por la Presidencia.

La Convención Americana ha previsto que, independientemente de la existencia o no de un caso ante la Corte Interamericana, esta tiene competencia para otorgar dichas medidas. El Reglamento de la Corte dispone que cuando ella se encuentra conociendo un caso sobre el fondo del asunto, puede

otorgar las medidas en “cualquier estado del procedimiento”. Esto puede hacerlo tanto a *instancia de parte* como *de oficio*. Siguiendo la reiterada jurisprudencia del tribunal, otorgar las medidas “en cualquier estado del procedimiento” comprende desde el inicio mismo del proceso en curso hasta, incluso, la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso contencioso que se trate, siempre que se configure una situación de extrema gravedad y urgencia, y a través de dichas medidas se pueda evitar un daño irreparable a las personas.

Ahora bien, cuando un caso no haya sido sometido al conocimiento de la Corte, ya sea porque el fondo del asunto se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o porque no existe un procedimiento sobre el fondo ante el sistema interamericano, la Corte puede adoptar estas medidas siempre y cuando sean solicitadas por la Comisión. Sin embargo, una vez que la Corte decide otorgar las medidas en un determinado asunto de estas características, este cae bajo su jurisdicción —en lo que respecta a las medidas— y continúa bajo la misma hasta que se decida su levantamiento; por tanto, las medidas solo pueden ser modificadas o revocadas por decisión de la Corte, careciendo la Comisión de competencia para revocarlas o dejarlas sin efecto. Sin embargo, la Comisión —al igual que las partes en el procedimiento— puede solicitar que se modifiquen, amplíen o levanten si se configura alguna alteración en las circunstancias que sirvieron de fundamento para adoptarlas o porque las mismas han cumplido su fin.

En lo que respecta a los *derechos protegidos*, ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Corte establecen un catálogo cerrado de los derechos que son susceptibles de ser salvaguardados mediante este mecanismo de protección. Debe entenderse, por tanto, que la Corte tiene la posibilidad de otorgarlas respecto de cualquier derecho siempre que se configure una situación de extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables.

Si bien la práctica de la Corte en un principio se enfocaba esencialmente a ordenar las medidas provisionales para proteger el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral) de personas vinculadas a un procedimiento ante el sistema interamericano, la práctica subsiguiente ha ampliado el otorgamiento de medidas para proteger a los individuos frente a las más variadas situaciones; por ejemplo, en contra de expulsiones y deportaciones, desplazamientos forzados, protección a la salud, protección a los derechos políticos, a la propiedad comunitaria y a los recursos naturales, entre otros.

En cuanto a los *beneficiarios*, en su práctica inicial la Corte consideraba indispensable que los mismos se encontraran debidamente individualizados, ya que no era factible ordenar medidas innominadas para proteger genéricamente a personas que se hallen en una determinada situación. A partir de 2002 la Corte admitió la protección de *colectivos* de personas que si bien no se encontraban individualizadas, eran *identificables* por elementos objetivos. Con el establecimiento de este criterio, la pertenencia a un determinado grupo o comunidad, o ser parte de un centro penitenciario o incluso de un medio de comunicación u organización no gubernamental, abre la posibilidad para ser beneficiario de medidas provisionales. En la actualidad, aproximadamente el 16% de las medidas otorgadas por la Corte se refieren a asuntos con beneficiarios no individualizados.

Como su mismo nombre lo indica, estas medidas tienen un *carácter temporal* y, por lo tanto, han de permanecer vigentes mientras duren las circunstan-

cias que las generaron. Si bien la Corte puede, desde la primera resolución en la que las otorga, indicar el tiempo de duración de las mismas, tras verificar la subsistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia puede decidir prolongarlas por otro lapso temporal, e incluso por un tiempo indeterminado. Esta situación ha llevado a que varias medidas provisionales sigan vigentes luego de años de su adopción.

La *supervisión de las medidas provisionales* se realiza mediante la presentación de informes estatales y de las observaciones a dichos informes por parte de los beneficiarios de dichas medidas. Asimismo, la Comisión Interamericana presenta observaciones a los informes del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas. En caso de observarse que las medidas han cumplido su objetivo o no persisten las circunstancias que las motivaron, la Corte ordenará su levantamiento.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

256. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (REGLAMENTO)

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

La Corte Interamericana aprobó su primer reglamento en julio de 1980, durante su tercer periodo de sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de agosto de ese año. Es un documento básico que tiene por objeto regular su organización, así como las normas de procedimiento que rigen su actividad. Es destacable que desde su vigencia se asignó a la Comisión Interamericana el rol de demandante, y se permitió enviar como delegado de un asunto a cualquier persona que la Comisión designara. Esta codificación tuvo como antecedente el reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

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

A partir del Reglamento que entró en vigor el 1o. de enero de 1991, ante la necesidad de agilizar los procedimientos, se estableció que el presidente llevaría a cabo un examen preliminar de la demanda, y si advertía que los requisitos fundamentales no habían sido cumplidos, solicitaría se subsanaran

los defectos. También, que las partes debían cumplir con la presentación de los escritos, de acuerdo con los plazos fijados en esta.

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

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

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

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

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

El actual reglamento está compuesto por un apartado de disposiciones preliminares y cinco títulos que contienen un total de 79 artículos. Dentro de las disposiciones preliminares se establece el objeto y las definiciones de los términos empleados. El título primero, denominado “De la organización y funcionamiento de la Corte”, abarca tres capítulos relativos a la Presidencia y Vicepresidencia, a la Secretaría y al funcionamiento de la Corte; el segundo

se dedica al proceso, y en sus siete capítulos se establecen las reglas generales, el procedimiento escrito, procedimiento oral, procedimiento final escrito, pruebas, desistimiento, reconocimiento y solución amistosa y sentencias; el tercero versa sobre las opiniones consultivas; el cuarto sobre la rectificación de errores, y finalmente, el quinto se dedica a las disposiciones finales y transitorias.

Jorge Meza Pérez

257. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Tribunal internacional permanente creado por el Estatuto de Roma (1998) para el conocimiento de delitos que agravan a la humanidad. Constituye una expresión del derecho internacional penal, que a su turno establece los tipos penales que revisten aquella gravedad y afectan bienes jurídicos que interesan prioritariamente a la humanidad en su conjunto, y motivan y justifican la actuación punitiva de la comunidad de naciones.

La constitución de este ente jurisdiccional en el marco de la Organización de las Naciones Unidas tiene antecedentes en el siglo XIX, a partir del derecho internacional humanitario y de las iniciativas de Gustave Moynier para sancionar violaciones a la Convención de Ginebra y sus artículos adicionales. Al término de la Primera Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda procuraron, sin éxito, el enjuiciamiento del ex *kaiser* Guillermo I, bajo el cargo de “delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Holanda negó la extradición del inculpado. Posteriormente, el barón Descamps propuso la formación de una corte penal internacional, propuesta que apareció nuevamente, a propósito de la lucha internacional contra el terrorismo, a raíz del atentado contra el rey de Yugoslavia (Marsella, 1934). De esto provinieron dos proyectos de convenio (Ginebra, 1937), que no alcanzaron las ratificaciones necesarias para su vigencia.

En la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos asilados en Gran Bretaña y los líderes políticos de las más poderosas naciones aliadas replantearon la idea de crear un tribunal penal internacional para juzgar a los criminales de guerra nazis. Con este fundamento se integró el Tribunal de Núremberg, constituido por acuerdo del 8 de agosto de 1945 e integrado con jueces de Gran Bretaña, Estados Unidos, Unión Soviética y Francia. Actuó con base en un Estatuto que definió las conductas ilícitas determinantes de su competencia y emitió condenas a muerte y a privación de libertad. En el frente oriental despachó, para los mismos fines, el Tribunal de Tokio. En todos los casos se trataba de juzgar a *individuos* responsables de los crímenes materia de la competencia de estos tribunales. El enjuiciamiento de individuos —no de Estados— figura entre los principios de derecho internacional penal acuñados por aquellos tribunales.

La comunidad internacional mantuvo viva la idea, largamente analizada, de instituir una jurisdicción penal permanente, por determinación de los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, que ejerciera sus atribuciones a partir de uno o varios ordenamientos sustantivos, procesales y ejecutivos. En el curso de los trabajos conducentes al establecimiento de este órgano, las condiciones vinculadas a conflictos armados regionales determinaron la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para disponer tribunales especiales —acotados temporal, material y personalmen-

te— a fin de conocer de las graves violaciones perpetradas en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

Finalmente se emitió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, el 17 de julio de 1998, por mayoría de votos de los Estados presentes en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. El Estatuto, en el que se acogen corrientes de diversa procedencia —derecho continental europeo y *Common Law*, sobre todo— regula la organización del tribunal: autoridades que lo componen (dieciocho magistrados, una Fiscalía y otras dependencias) y sus respectivas atribuciones; las normas de derecho penal material que recogen especificaciones sobre la responsabilidad penal y los tipos penales; previene el procedimiento a seguir desde la investigación de los hechos probablemente delictuosos (por parte de la Fiscalía *motu proprio*, a instancia del Consejo de Seguridad o por remisión de un Estado parte en el Estatuto) hasta la emisión de una sentencia, y establece reglas para la ejecución de penas, que incluye revisión y abreviación o reducción de sanciones.

Para la intervención de la Corte Penal se atiende al principio de subsidiariedad: corresponde a las jurisdicciones nacionales, ante todo y principalmente, la jurisdicción sobre los delitos contemplados en el Estatuto de Roma; la justicia internacional solo actuará de manera complementaria cuando la nacional sea insuficiente, inoperante o indiferente. Los Estados partes en el Estatuto aceptan soberanamente la competencia de la CPI respecto a los crímenes sujetos a la competencia material de esta. No existe cláusula facultativa en este ámbito, como la hay en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno en proceso de elaboración. Aquellos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (arts. 5o. y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (art. 70). A los tipos mencionados se agrega el crimen de agresión, cuya caracterización ha tropezado con problemas constantes. En la Conferencia de revisión del Estatuto (Kampala, 2010) se invocó la resolución 3314 (XIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974, y la Conferencia “convino en calificar como agresión un crimen cometido por un líder político o militar que, por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

La CPI conoce de “casos” y “situaciones” en los que se plantea la posible existencia de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Hasta septiembre de 2013, cuatro Estados parte en el Estatuto de Roma habían remitido a la Fiscalía situaciones surgidas en sus respectivos territorios (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Mali). El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había presentado situaciones correspondientes a Darfur, Sudán y Libia. La Corte había autorizado a la Fiscalía a iniciar investigaciones *motu proprio* en Kenia y en Costa de Marfil. El 14 de marzo de 2012 se dictó la primera sentencia de condena, Thomas Lubanga Dyilo (República Democrática del Congo), sentenciado a 14 años de prisión, al cabo de un procedimiento iniciado el 26 de enero de 2009.

México se abstuvo en la votación en Roma, en 1998, debido a incompatibilidades entre algunas disposiciones del Estatuto y diversas normas de nuestra Constitución Política. Después de diversas vicisitudes y debates, México

suscribió el Estatuto (*ad referendum*, el 7 de septiembre de 2000) y reformó la Constitución para integrarse en el sistema de derecho internacional penal. La controvertida fórmula adoptada para este efecto quedó en el artículo 21 constitucional: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Esto supone determinaciones casuísticas del Ejecutivo y del Senado, fórmula que oculta una limitación para el ejercicio de la competencia del tribunal internacional, que carece de sustento en el Estatuto de Roma y pudiera generar conflictos. En septiembre de 2013 aún no se disponía de ordenamientos o reformas a leyes nacionales que facilitaran la cabal implementación del Estatuto en forma consecuente con el principio de complementariedad y la aplicación de aquel.

Sergio García Ramírez

258. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

La Corte Suprema de la Nación Argentina, emplazada como máxima autoridad jurisdiccional en el sistema de control difuso de constitucionalidad imperante en dicho país, ha mantenido incólumes las líneas fundamentales de su diseño normativo desde el texto constitucional fundacional, sancionado en 1853, conforme al cual “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (actual art. 108).

Si bien originariamente el constituyente había optado por definir de manera específica el número de integrantes del Tribunal, una reforma adoptada en 1860 derivó tal criterio al legislador. Este ha brindado diverso tratamiento a lo largo de la historia, aunque ha predominado la inclinación a una composición reducida, en la actualidad limitada a cinco miembros. Asimismo, si bien ha habido intentos para establecer su división en salas (p. ej., la ley 23774), ello ha sido declarado inconstitucional por la misma Corte —mediante la Acordada 44/89— por considerar, en lo principal, que atentaba contra el artículo citado.

Los jueces de la Corte Suprema son designados mediante un mecanismo específico diseñado por el texto constitucional: nombramiento del presidente con acuerdo del Senado, lo que los distingue de los magistrados de los tribunales inferiores (en cuyo caso interviene el Consejo de la Magistratura de la Nación). Al formar parte del Poder Judicial de la Nación, poseen como garantías de actuación la inamovilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de los salarios (art. 110 CN). La primera de las garantías citadas fue objeto de reglamentación en la reforma constitucional de 1994, que había previsto “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. La cláusula fue impugnada por inconstitucional, y fue declarada “nula” en un proceso incoado por un magistrado de la Corte Suprema, por considerarse que la Asamblea constituyente había actuado a extramuros de la competencia atribuida por el legislativo en su carácter de poder preconstituyente (CSJN, fallos: 322:1609). Tal precedente, de particular originalidad en derecho comparado, fue dejado

de lado por un nuevo pronunciamiento del Tribunal en su reciente composición (CSJN, fallos: 340:257).

El marco de acción del Tribunal cimero se proyecta en dos dimensiones: su competencia originaria y su competencia apelada o derivada, siguiendo el modelo de la Constitución de Estados Unidos de América. En efecto, los artículos 116 y 117 de la Constitución regulan la competencia del Tribunal, el cual actúa en instancia originaria en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte (art. 117), mientras que su ámbito de competencia derivada o apelada la consagra como última instancia doméstica con conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 —relativa a los códigos de fondo— y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero (art. 116).

De tal diseño constitucional se desprende que al Tribunal le compete ejercer tanto jurisdicción constitucional como legal, ya sea como única instancia o última instancia de revisión de tribunales inferiores que también ejercen ambas, por lo que se presenta como un ejemplo particular dentro del panorama casi generalizado en Latinoamérica, donde prevalecen los sistemas concentrados o mixtos de control de constitucionalidad.

En esta orientación, el legislador previó dos mecanismos de competencia derivada para acceder al Tribunal. El primero de ellos estaría dado por competencia apelada ordinaria, que se refería, por ejemplo, a casos de relevancia económica en que el Estado nacional era parte, entre otros.

El segundo supuesto —cuantitativamente predominante, ya que implica aproximadamente 90% de los casos resueltos por el Tribunal— es la competencia por apelación extraordinaria ante cuestiones constitucionales, denominada “recurso extraordinario federal”. Esta vía extraordinaria de acceso al máximo Tribunal argentino encuentra su primera matriz normativa en una ley dictada en 1863 (Ley 48) que replica el modelo de la respectiva *judiciary act* estadounidense, y remite a una Corte que actúa como reaseguro del sistema federal, en miras a pronunciarse en casos en que estén en juego “cuestiones federales”, es decir, la interpretación de la Constitución nacional, o cuando hubiera un conflicto normativo entre normas provinciales con el derecho federal, o ambos con la Constitución federal.

Si bien esta ley continúa vigente, la reforma introducida al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial por la ley 23.774, conforme al cual “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” ha variado notoriamente el rol institucional del Tribunal. La Corte ha considerado que la naturaleza discrecional de su jurisdicción resulta compatible con el texto constitucional (CSJN, Acordada 44/1989, fallos: 329:741, entre muchos otros).

En este marco, tradicionalmente la Corte se ha definido a sí misma como intérprete final y supremo custodio de la Constitución (CSJN, fallos: 327:347, entre muchos otros), guardián de las garantías constitucionales (CSJN, fallos: 339:477) y “Tribunal de garantías constitucionales” (CSJN, fallos: 298:441). Por su parte, la consagración de su carácter “supremo” la ha llevado a enfrentarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (causa CSJ 368/1998 (34-M), sentencia de 14 de febrero de 2017).

Por su parte, el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal cimero ha brindado en torno a su rol institucional en los últimos años presenta matices diferenciadores, ya que ha modulado notoriamente las tres pautas de competencia referidas e incluso ha introducido variables propias de un sistema mixto o concentrado de control de constitucionalidad.

En primer lugar, amplió pretorianamente su marco de acción por competencia derivada extraordinaria, consagrando la posibilidad de intervenir como instancia revisora frente a sentencias “arbitrarias” dictadas por tribunales inferiores (tanto federales como ordinarios). Consideró que son calificables como tales los pronunciamientos jurisdiccionales que “no constituyen una derivación razonada del derecho vigente, conforme las circunstancias del caso” (CSJN, fallos: 289:107, entre muchos otros). Esta innovación pretoriana amplió notoriamente su marco de acción, tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa. Tal doctrina, de especial aplicación durante la década de 1990, fue criticada por desnaturalizar el rol institucional del Tribunal, y se mantiene, aunque reducida, en la actualidad.

Más recientemente, la Corte ha adoptado pautas de interpretación funcional que alteraron su competencia originaria (CSJN, fallos: 329:759 y 2316, entre muchos otros) y derivada (declarando inconstitucionalidad sobreviniente de diversos recursos ordinarios de apelación en CSJN, fallos: 328:566, 338:724, entre otros), en miras a concentrarse en lo que el Tribunal ha definido como su “jurisdicción más eminente”, cual es la jurisdicción constitucional.

Asimismo, en este periodo, el Tribunal se caracterizó por la adopción de líneas jurisprudenciales nomogenéticas, desarrollando un marcado activismo que ha llevado a la doctrina a preguntarse si la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina estaría dando lugar a la hibridación del sistema de control de constitucionalidad, mediante la concentración del accionar de la Corte en materia constitucional (en gran parte por la selección discrecional de casos en los términos del artículo 280 citado), la flexibilización de la exigencia del caso (CSJN, fallos: 330:3160, entre otros), la adopción de decisiones con efectos nulificadores de la cláusula reputada inconstitucional (CSJN, fallos: 322:1609), y el fortalecimiento del vínculo de los criterios del Tribunal en torno a la interpretación constitucional (CSJN, fallos: 339:1077, 340:2001, etc.), entre otros.

Sofía Sagüés

259. CORTES SUPREMAS (CONTROL POLÍTICO)

Ya no es novedad que los poderes judiciales en general, y en especial las cortes supremas de justicia o equivalentes, han adquirido alrededor del mundo una importancia política desconocida en los últimos 60 años (Tate y Vallinder, 1995). Un número importante de decisiones que antes estaban

fuera de la esfera judicial, por ejemplo la resolución de controversias electorales o los reclamos por violaciones a derechos sociales, ahora se procesan por esta vía.

A esta tendencia se la denominó judicialización de la política (Sieder *et al.*, 2005), e incluso hubo quienes comenzaron a hablar de “juristocracia” (Hirschl, 2004) para hacer referencia al proceso por el cual se transfirieron facultades de la esfera de los poderes representativos a los poderes judiciales. Situación que redundaba en la necesidad de “gobernar” sin poder obviar a los jueces (Shapiro y Stone Sweet, 2002). El fortalecimiento de las cortes supremas de justicia o cortes constitucionales, según el caso, ha tenido lugar en países tan diversos como Canadá, Italia, Sudáfrica, Egipto, Colombia o México; no obstante, en América Latina todavía quedan muchas asignaturas pendientes en materia de independencia judicial.

De la mano de este viraje en el rol de los poderes judiciales, disciplinas del campo de las ciencias sociales, en especial la ciencia política, se interesaron en la comprensión del rol que juegan los máximos tribunales en los procesos políticos de los países, y, de manera cada vez más clara (por lo menos en América Latina), del rol que adquieren en la política internacional, por ejemplo en la política de derechos humanos (Ansolabehere, 2013).

En este marco se identifican tres formas de intervención de las cortes supremas en el espacio de la política organizadas desde la más tradicional a la más novedosa y exigente:

a) Arbitraje para la resolución de conflictos entre poderes del Estado, sobre todo en los países federales para la resolución de los conflictos entre Federación y estados. Ésta ha sido parte de la competencia originaria tradicionalmente asignada a los máximos tribunales, como puede observarse en la Constitución Argentina (art. 117), de los Estados Unidos de América (art. III, sección 2) o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 105).

b) Control de la discrecionalidad del poder político, a través de su facultad de control jurisdiccional de constitucionalidad, y más recientemente de convencionalidad, mediante la cual pueden dejar sin efecto total o parcialmente las decisiones del Poder Ejecutivo o Legislativo cuando considere que las mismas son opuestas a la Constitución o a los tratados internacionales que tengan rango constitucional.

A diferencia de la función de arbitraje que se otorgó históricamente, es a la extensión de esta facultad a la que refiere la literatura para dar cuenta de la extensión del poder de los poderes judiciales. Este rasgo, que se consideraba una característica distintiva de los Estados Unidos de América a principios del siglo XIX, desde mediados del siglo XX se ha extendido a países del más diverso tipo. En América Latina, por ejemplo, esta ha sido una tendencia clara desde los años noventa; 12 países de los 20 de la región realizaron reformas constitucionales orientadas a ampliar el poder de revisión constitucional de los máximos tribunales, o bien crearon tribunales constitucionales específicos como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, creada en la Constitución de 1991 (Inclán e Inclán, 2005).

Adicionalmente, es interesante destacar que dados estos cambios en la región se observa una diversidad de tipos de control de constitucionalidad en la medida en que no todos los países adoptaron modalidades similares (Navia y Ríos, 2005).

c) Impulso de políticas públicas para proteger y garantizar derechos, fundamentalmente derechos sociales.

Esta función probablemente es la más novedosa en la articulación de la relación entre cortes supremas y política. Supone la propuesta de desarrollo de políticas públicas o de la modificación de estas (tanto procedimentales como sustantivas) para resolver un conflicto determinado fundamentalmente en materia de derechos. De acuerdo con esta, las cortes supremas o constitucionales, además de arbitrar el conflicto entre poderes, o controlar la discrecionalidad política, podrían actuar como instancia propositiva para resolver omisiones de los poderes representativos. Los casos de la Corte Constitucional de la India, de Sudáfrica (Gauri y Brinks, 2008) o Brasil (Kapiszewski, 2012) son claros ejemplos de este tipo de intervenciones que implican nuevas formas de relación entre justicia y política en el mundo contemporáneo.

Esta última modalidad, íntimamente relacionada con el proceso de judicialización de las demandas por derechos humanos, de su justiciabilidad (Abramovich y Pautassi, 2009; Ferrajoli, 2003) traen aparejados nuevos dilemas en la relación entre justicia y política. Dilemas no solo vinculados con la ya tradicional tensión entre constitucionalismo y democracia, sino también con la pertinencia y las consecuencias del activismo judicial pro-derechos, y el impacto real de este tipo de decisiones judiciales.

Karina Ansolabehere

260. CREACIÓN DE DERECHOS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Con estos términos se alude o hace referencia a la actividad que realizan los jueces constitucionales al sostener en sus sentencias criterios en los que afirman la existencia y/o tutela de algún derecho que no está recogido explícita, literal o expresamente en los textos legales, pero que derivan o desprenden de algún derecho de orden fundamental así expresado. Se trata, pues, de un concepto o, mejor dicho, fenómeno que tiene cabida en razón de las funciones que hoy se le reconocen a la función judicial y, más específicamente, aquellas que se le reconocen al juez constitucional; sobre todo en contraposición con la concepción que, desde la tradición francesa heredada desde hace varios siglos en el derecho iberoamericano, se tenía sobre el juzgador.

En efecto, conforme a esa tradición, el juez era “la boca de la ley” y correspondía a este la tarea de concretar en un determinado caso la voluntad que el legislador había expresado en abstracto, a través de la emisión de leyes. Esta forma de concebir la función del juzgador, con motivo de múltiples cuestiones que no es el caso ahora abordar, ha venido cambiando, destacadamente, en las últimas décadas, de modo tal que ahora se reconoce que la función del juez no es nada más ser el “aplicador” de las leyes emitidas por otros, sino que se le reconocen ampliamente mayores o menores facultades interpretativas (según la materia de que se trate) junto con el deber de proteger los derechos de las personas, y además se le reconoce la potestad de juzgar las propias leyes que debe aplicar para resolver el caso sometido a su jurisdicción, ya sea para invalidarlas o inaplicarlas. El alcance y la forma en que estas facultades del juez deben realizarse es materia de amplio debate en la filosofía del derecho, la teoría política y entre escuelas interpretativas; resumidos muy generalizadamente en una dicotomía “activistas” vs. “conservadores”.

En teoría, no se trata de que los jueces “creen” derechos, cual si antes fueran del todo inexistentes; más bien, esto es el resultado de que en ejercicio de su potestad interpretativa de la Constitución, al dotarle de contenido y alcance a través de la emisión de directrices de naturaleza dispositiva, su actividad supone una labor de configuración e integración normativa que va dotando de un sentido aproximado a las normas constitucionales abstractas, a través de la resolución de casos concretos. En este sentido, más que una labor creativa invasiva del Poder Legislativo, la tarea interpretativa implica una actividad creativa del juzgador que atribuye significado a las disposiciones constitucionales, de modo tal que de ese ejercicio pueden derivarse derechos o subderechos que subyacen, aun cuando no abiertamente, en el texto constitucional (se trata de un tema no del todo pacífico, en tanto algunos se han manifestado en el sentido de que bajo la forma de “interpretación” jurídica se ha dado paso a un activismo judicial que asume más bien posiciones propiamente legislativas).

Precisamente porque la creación de derechos por el juez constitucional se hace en el dictado de sus sentencias, esto se traduce en la creación de normas individualizadas (como son las sentencias) cuya efectividad, más allá de las partes del juicio, está sujeta a las reglas de validez y obligatoriedad que para el precedente judicial estén establecidas. Así, por ejemplo, si se trata de interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia en acción de inconstitucionalidad, que obtuvo ocho votos, se tratará de un sentencia cuyos criterios interpretativos serán extensivos y exigibles por cualquier persona, dados los efectos “generales” que puede tener ese tipo de sentencias (art. 105 constitucional). En cambio, si se trata de un criterio interpretativo que ha sostenido un juez de distrito, así sea que lo haya hecho en múltiples sentencias, no podrá adquirir la calidad de ser un criterio vinculante para el resto de los tribunales u operadores jurídicos (véase la legislación de amparo en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia). De hecho, en México es tan reglado el tema de la obligatoriedad de los criterios judiciales, que el debate en torno a si es fuente formal o no de derecho está en gran parte sofocado de origen por especificarlo la ley; de modo que algunos criterios pueden llegar a considerarse prácticamente como “ley” por su obligatoriedad, y otros tan solo como precedentes judiciales orientadores para quien los quisiera considerar.

Por otra parte, la creación de derechos por los jueces constitucionales en la gran mayoría de los casos se da en un contexto litigioso concreto (salvo cuando es en acción de inconstitucionalidad, por ser un medio de control abstracto); los criterios judiciales que así pueden caracterizarse tienen una “sombra”, siguiendo la terminología de López Medina (López Medina, 2006), o ámbito de aplicación estrecho; pues, idealmente, tendría que verificarse para su eventual invocación o aplicación la recurrencia de las mismas o asemejables condiciones normativas y de *facto*. En este sentido, la creación de derechos por el juez constitucional tiene una variación muy importante, prácticamente insalvable, con la actividad que se realiza por los órganos legislativos y que permite diferenciarlas de modo muy contundente.

La arraigada práctica mexicana de que se elaboren “tesis” de jurisprudencia a partir de las consideraciones sostenidas en las sentencias, y el que estas sean, por protocolo (véase el Acuerdo General Plenario de la Suprema Corte 5/2003 que regula la elaboración de tesis), elaboradas a modo de *una*

abstracción del criterio, por sí misma descontextualizada del resto del caso del que provienen y elaborada en términos conceptuales (en oposición a sobre problemáticas específicas) coadyuva a desdibujar las diferencias entre esta actividad jurisdiccional y la actividad propiamente legislativa, y no comunica bien la naturaleza del precedente judicial (Magaloni, A. L., 2011); suscita incluso debates en torno a la posibilidad de aplicar retroactivamente los criterios judiciales (al respecto pueden verse las tesis P./J. 145/2000, “Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley”, y 2a. XIV/2002, de rubro “Jurisprudencia. Los nuevos criterios son aplicables a los casos aún no decididos por el órgano jurisdiccional competente”).

Finalmente, es importante distinguir este concepto del diverso de “creación judicial del derecho” (en inglés, *judge made law*) en tanto que con este último generalmente se hace referencia a los sistemas jurídicos de corte sajón o de *Common Law*, en los que no prevalece un sistema de leyes escritas, como en los sistemas románicos como el nuestro, sino que su cuerpo normativo se conforma con el cúmulo histórico de los precedentes judiciales, y con base también en el sistema de *stare decisis* o vinculatoriedad del precedente característico del mismo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

261. CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

La palabra “lesa” se refiere al adjetivo agraviado, lastimado u ofendido, mientras que la connotación demográfica de “humanidad” se asocia a la población mundial, por lo cual la combinación de ambas se refieren a las atrocidades que lastiman gravemente a todos los seres humanos, lo cual implica comportamientos cuyas características traspasan las fronteras de los delitos para considerarse como crímenes, cuyas primeras referencias se circunscriben a confrontaciones bélicas entre naciones. Así, en la Declaración de San Petersburgo del 11 de diciembre de 1868 se prohibió el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas, con el fin de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. Posteriormente, en la conferencia de Paz de la Haya de 1899, el delegado ruso, Fyodor Fyodorovich Martens, declaró: “Hasta que un código más completo de las leyes de guerra se emita, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”. Ello fue incorporado en el preámbulo del Segundo Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre, tomando el nombre de cláusula Martens, la cual implica el deber del trato humano hacia los combatientes de guerra, de ahí que siempre esté presente en los subsiguientes instrumentos internacionales en materia humanitaria.

Ya en el siglo XX, durante la Primera Guerra Mundial, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 proclamó que los crímenes cometidos por el gobierno turco en contra de la población Armenia en Turquía constituían crímenes contra la humanidad y la civilización. Con posterioridad, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 determinó cuáles

son los crímenes contra la humanidad, mientras que la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 los consideró como uno de los apartados de los crímenes de guerra.

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

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

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

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

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

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión

del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

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

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

Enrique Díaz-Aranda

262. CRIMEN INTERNACIONAL

Si bien la doctrina internacional no cuenta con una definición clara y consensada sobre cuáles pueden considerarse crímenes internacionales, es posible afirmar que son aquellos actos u omisiones que han sido reconocidos por el derecho internacional como antijurídicos y que por su importancia y trascendencia para la humanidad, su sanción no puede quedar de manera exclusiva y arbitraria a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

Mucho se ha cuestionado sobre cuáles constituyen las características que hacen que los crímenes alcancen el carácter de internacional; sin embargo, es posible afirmar que adquieren dicho carácter debido a que su brutalidad e inhumanidad alcanzan a afectar la conciencia de la comunidad internacional y, por tanto, de la humanidad en su conjunto.

Siguiendo a Antonio Cassese, existen cuatro elementos que determinan el carácter internacional de un crimen: 1) la existencia de responsabilidad penal internacional a nivel individual; 2) la norma que lo proscribe debe ser de carácter internacional y proteger valores considerados por toda la comunidad internacional; 3) debe ser sancionable, independientemente de que las normas estatales lo tipifiquen como delito, y 4) en caso de que el perpetrador haya actuado en una capacidad oficial como parte de un Estado, no debe existir la posibilidad de otorgar inmunidad.

En la actualidad se considera como *ius cogens* la proscripción internacional de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión y el genocidio, como crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte tendencia doctrinaria para considerar también en esta categoría al terrorismo, la tortura, la esclavitud, la desaparición forzada, la piratería y las ejecuciones extrajudiciales.

Lo anterior encuentra sustento en el derecho internacional consuetudinario, los tratados internacionales que han sido ratificados por la gran mayoría de los Estados, la *opinio juris* que refleja el reconocimiento de dichas conductas como antijurídicas en el ámbito internacional y, por último, en las decisiones y sentencias de tribunales internacionales.

Cada uno de los crímenes enumerados debe ser explicado de manera individualizada para entender su evolución histórica dentro del derecho internacional y las características que lo convierten en *obligatio erga omnes*.

a) *Crímenes de guerra*. Son las violaciones serias a las normas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo las violaciones a las convenciones de Ginebra adoptadas entre 1864 y 1949, las cuales se pueden presentar en el marco de conflictos armados internacionales y no internacionales.

La doctrina internacional ha considerado que una violación seria a las normas de derecho internacional humanitario implica que la conducta pone en peligro a las personas u objetos protegidos por las convenciones de Ginebra o son contrarios a valores de gran relevancia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para que una violación sea seria esta debe constituir una infracción a una norma que protege valores importantes y debe implicar consecuencias graves para la víctima.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 8o., sin dejar de reconocer que la doctrina internacional lo considera como una guía muy importante en materia de derecho internacional pero no la única fuente, en las conductas subyacentes de los crímenes de guerra pueden ser: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; la deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y la toma de rehenes.

b) *Crímenes de lesa humanidad*. Los también llamados *crímenes contra la humanidad* son todos aquellos actos cometidos como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil, con el conocimiento de dicho ataque. El catálogo de actos subyacentes de cuya actualización depende la existencia de un crimen de lesa humanidad ha variado históricamente y de acuerdo a los tribunales internacionales que han investigado y perseguido este tipo de crímenes.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 7o., los actos subyacentes del crimen de lesa humanidad pueden ser el homicidio; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el *apartheid* u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental.

c) *Crimen de agresión*. Históricamente, el crimen de agresión es uno de los más antiguos, ya que implica el quebrantamiento de la paz y el orden interna-

cional. En los tribunales de Núremberg y Tokio, constituidos al término de la Segunda Guerra Mundial, el crimen de agresión jugó un papel muy relevante; sin embargo, a la fecha no ha existido un nuevo juicio internacional en el que se determine la responsabilidad penal de algún individuo por dicho crimen.

La Corte Penal Internacional señala su competencia por el crimen de agresión, sin embargo establece una cláusula de reserva para su entrada en vigor y reserva sobre su definición. En la Conferencia de Kampala, Uganda, celebrada en 2010, los Estados parte discutieron sobre la definición y entrada en vigor de dicho crimen como parte de la jurisdicción de la Corte. Se resolvió adicionar el art. 8o. bis al Estatuto de Roma, el cual señala que se entiende por agresión la planeación, comisión, iniciación o ejecución de un acto de agresión que por su gravedad y escala constituye una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas, por parte de una persona en una posición de control efectivo o dirija la acción política o militar de un Estado, destacando que su entrada en vigor se encuentra pendiente de la ratificación por parte de los Estados miembro.

d) *Genocidio*. Es la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de manera intencional. Tanto el art. 2o. de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio como el art. 6o. del Estatuto de Roma señalan como actos que pueden constituir el acto subyacente en la comisión del delito de genocidio la matanza de los miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

263. CRISIS CONSTITUCIONAL

Con la llegada de Donald J. Trump a la presidencia de Estados Unidos en 2016, se desataron una serie de eventos en el constitucionalismo de dicho país que —para muchos académicos y medios de comunicación— marcó el inicio de un proceso de tensiones constitucionales que puede acabar en una crisis constitucional. Pero el fenómeno no es exclusivo de Estados Unidos. Reino Unido, con el proceso político de escisión de la Unión Europea (denominado *Brexit*) también ha encendido los botones de alarma sobre una crisis constitucional en el Parlamento británico. En principio, porque en *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union* (2017), la Corte Suprema del Reino Unido (UKSC, por sus siglas en inglés) estableció que determinar las bases del proceso de salida es una prerrogativa del Parlamento y no del Gobierno. Por ello, al no poder materializar un nuevo acuerdo, debido a la falta de mayoría, el primer ministro pretende abandonar la Unión Europea sin lograr un acuerdo (como lo hizo saber en julio de 2019) y para ello puede intentar sobrepasar al Parlamento y suspenderlo, lo que ocasionaría una crisis de gobernanza con impacto constitucional y le daría nuevamente cabida a un litigio ante la UKSC. La prueba de fuego en el contexto del *Brexit* es la serie de pasos y tensiones entre Parlamento y Gobierno, pues en tres años se ha cambiado dos veces de primer ministro (Theresa May, por su incapacidad de negociar un acuerdo de salida) y es notoria la ausencia de liderazgo político que valore los antecedentes históricos y lazos de cooperación y colaboración

en un mercado común, en directivas, en el ámbito jurisdiccional, administrativo y de seguridad entre la Unión Europea y Reino Unido.

Por otra parte, en América Latina tenemos diversas muestras de las tensiones constitucionales que se producen principalmente en Venezuela, Nicaragua y Honduras ante la interpretación hiperbólica de la Constitución en ciertos casos que señalaré y que dan pauta a una interpretación poco creíble de la Constitución como norma jurídica. Como parte de los procesos de estabilización del poder ejecutivo y su consolidación autoritaria a través de la reelección indefinida, en Honduras y Nicaragua se ha tergiversado la doctrina del control de convencionalidad a través de procesos de reforma constitucional realizados por las altas cortes. Honduras tiene su propia interpretación constitucional que usó en contra de los principios democráticos de la Constitución: la no reelección y la democracia deliberativa, así como el detrimento del poder legislativo al servicio del ejecutivo. La Corte Suprema, a través de la Sala Constitucional, el 22 de abril de 2015, emitió la sentencia en la que permitió la reelección del presidente. De esta manera, se declararon contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos las disposiciones constitucionales que prohibían la reelección (arts. 42, 239, 240 y 374 de la Constitución de Honduras; véase, Sala Constitucional de Honduras, sentencia de 22 de abril de 2015, cdos. 16, 17 y 18, en relación con el resolutivo segundo).

En Nicaragua también se presentó esta situación de valoración intraconstitucional. Para justificar la reelección de Ortega, la supuesta incompatibilidad valorativa entre el principio de no discriminación y el de no reelección, en términos expresados por la Sala Constitucional, constituía un “roce” entre dos normas constitucionales de un mismo nivel, que la obliga a pronunciarse sobre el fondo del caso. La disyuntiva consistía en elegir un precepto y desaplicar otro, lo cual ocurrió a la postre, ya que en el resolutivo tercero de la sentencia analizada, se determinó la aplicación del artículo 48 y, en consecuencia, la desaplicación de los incisos a) y b) de artículo 147 (Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, sentencia 504, exp. 602-09, 19 de octubre de 2009).

Los casos de Nicaragua y Honduras ejemplifican el vaciamiento constitucional que luego se ve reflejado en una ausencia de gobernabilidad porque la Constitución ha sido trastocada en su núcleo: la contención del poder. Este elemento crítico desencadena reacciones sociales, protestas, incremento del uso de la fuerza por parte del Estado, demonización de la oposición, violencia en las calles, aprehensiones y privaciones de libertad. Y más tarde —como se ha observado— expulsión de migrantes que huyen del contexto de violencia y pobreza. La respuesta paliativa a veces se busca en la comunidad internacional y en los órganos de protección de derechos humanos (la Comisión Interamericana y los comités de la ONU) pero en ocasiones la respuesta del Estado es peor, pues descalifica la labor de los órganos internacionales y planea la renuncia a los tratados.

En este sentido, el estudio de las tensiones constitucionales entre poderes políticos no solo comprende a las instituciones nacionales sino a las interacciones que estos poderes llevan a cabo con organismos internacionales y las reglas fijadas por la comunidad internacional (p. ej., en el tema de los derechos humanos), necesarias para la convivencia pacífica. Es por ello que en la doc-

trina surge la necesidad de señalar los indicadores de una crisis constitucional y sus posibles rutas conceptuales.

Para definir la crisis constitucional debemos tener en cuenta sus categorías y elementos formativos, tanto de carácter fáctico como temporal. Balkin (2018) argumenta que “una crisis constitucional ocurre cuando una constitución está a punto de fracasar en su tarea central” y desde su punto de vista, los tipos de crisis constitucionales son: a) la desobediencia de la Constitución anunciada por políticos; b) la desobediencia a la Constitución anunciada por funcionarios militares, y c) la desobediencia de las órdenes judiciales. Además, Balkin refiere que la podredumbre constitucional crea riesgos para la política democrática al jugar a la polarización política, demonizando a la oposición. Esto puede conducir a puntos muertos y a un sistema político incapaz de gobernar de manera efectiva. Ambas etiquetas sobre estos temas constitucionales (crisis y podredumbre) dependen de cuestiones de tiempo: breve para la crisis y lento proceso para la podredumbre.

Desde mi perspectiva, y tomando en cuenta los elementos normativos, fácticos y temporales, una crisis constitucional tiene elementos previos (a manera de síntomas e indicadores) que muestran la posible desobediencia a las normas constitucionales y pueden desencadenar la falla central de la Constitución. Otros elementos son de formación inmediata y consecuencias notables en el mediano plazo. En el corto plazo se observan reformas constitucionales al vapor, sin la deliberación política, y en el mediano se observa también el debilitamiento de la gobernabilidad y los altos niveles de litigio constitucional entre actores políticos y grupos de interés, por lo que el papel de los jueces constitucionales (altas cortes) resulta protagónico para atemperar, resolver (o incrementar) la crisis constitucional. En este sentido, el alivio de la crisis también depende del cumplimiento de la sentencia por parte de los poderes ejecutivo o legislativo. Históricamente, por ejemplo, se afirma que después del fallo de *Worcester vs. Georgia*, en 1832, la Corte Suprema de Estados Unidos no pudo hacer cumplir la sentencia que prohibía a Georgia expulsar a la nación *cherokee* de sus tierras. El presidente Andrew Jackson se negó a dar efecto a la sentencia dictada por Marshall y ello redundó en el incumplimiento de una decisión judicial que debilitó al poder judicial de momento. De manera similar, después de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, una escuela secundaria en Little Rock, Arkansas, se resistió a terminar con la segregación. En respuesta, el presidente Eisenhower envió paracaidistas del Ejército para acompañar a los estudiantes negros a la escuela para cumplir con el juicio constitucional y acabar con la política racista y aceptada por la sociedad dominante de Arkansas.

Los elementos normativos de la crisis constitucional pueden ser de varios tipos: reformas que se apartan de los procesos ordinarios para dar un nuevo sentido a la Constitución y así alejarse de su significado original, que expanden el poder a favor de ciertos grupos políticos o económicos (como sucedió en el caso de la mutación de la libertad de expresión como derecho político de las empresas para invertir grandes cantidades de dinero en las campañas de Estados Unidos, como lo expresó la Corte Suprema en *First National Bank of Boston vs. Bellotti*, 435 U.S. 765 1978; en *Citizens United vs. FEC*, 588 US, 2010 y en *McCutcheon vs. FEC*, 572 US 185, 2014).

También se ubican dentro de estas reformas los procesos de la interpretación —a modo— de la Constitución de un Estado para justificar la permanencia del poder político. Sucedió en Nicaragua y Honduras con las sentencias dictadas por la Corte Suprema en las que permitieron —respectivamente— a los titulares del poder ejecutivo reelegirse por más periodos de los que expresamente les permitía la Constitución.

En cuanto a los indicadores fácticos, la crisis constitucional también se caracteriza por apartarse del derecho internacional, especialmente de los órganos y acuerdos que protegen los derechos humanos. Este indicador se observó cuando Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se retiró de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, en 2013. En el mismo sentido y bajo un argumento soberanista similar, una de las intenciones del *Brexit* fue renunciar a la jurisdicción europea de derechos humanos y al Convenio Europeo en la materia, para no sujetarse a esa jurisdicción y recuperar la soberanía parlamentaria que se había cedido a Bruselas y Estrasburgo. En el mismo sentido se pueden reconocer los patrones de rechazo al derecho internacional, al Comité de Derechos Humanos y al Comité de los Derechos del Niño de la ONU por parte de la Administración de Donald Trump, además de su retiro del Acuerdo de París y de los acuerdos con Irán sobre armas nucleares.

Finalmente, los indicadores jurisdiccionales de la crisis constitucional se observan en los entornos que le dan un empoderamiento superior al poder ejecutivo. En el caso de Trump, debido al desmontaje de directrices legales que protegen a minorías o al medioambiente, por ejemplo, ha enfrentado altos niveles de litigio constitucional en los que la Corte Suprema se ve obligada a pronunciarse sobre normas contrarias a la Constitución, pero que —debido a la coyuntura de renovación de la Corte— en su mayoría han derivado en decisiones a favor de políticas restrictivas de derechos sin una base racional o fáctica creíble (*Trump vs. Hawái*, 17-965, 585 US, 2018).

En suma, la tarea de una Constitución es preservar y desarrollar los derechos humanos, la democracia sustancial, con resultados y no como meras reglas electorales, y el imperio del derecho frente a los poderes públicos y privados. Los indicadores de una crisis constitucional pueden incidir en cada uno de estos tres ejes centrales de diversas formas y en grados distintos. La única vacuna para evitar la crisis es el fomento a la cultura constitucional, tanto de los operadores internos del derecho como de los externos, para que la Constitución sea entendida como forma de vida de toda la comunidad y no como norma jurídica abstracta al servicio del poder político. Corresponde a todos los actores públicos y privados contribuir a las tareas centrales de la Constitución, pues la crisis de aquella representa un espejo de la sociedad. Dentro de estas tareas esenciales no solo está el cuestionar al poder, sino forjar un diálogo constitucional y deliberar sobre el futuro de las acciones constitucionales.

Isaac de Paz González

264. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (DERECHO COMPARADO)

La cuestión de inconstitucionalidad (*questione incidentale* en Italia, *question prioritaire* en Francia; en Alemania y Portugal se utiliza más a menudo la expresión

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (DERECHO COMPARADO)

konkrete Normenkontrolle y *fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade*, respectivamente) consiste en una excepción procesal, promovida por una de las partes en un proceso, o de oficio por el mismo juez de la causa, basada en la incompatibilidad entre una norma aplicable al proceso y la Constitución. Dependiendo del modelo de justicia constitucional dentro del cual estos, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser juzgada por el mismo juez de la causa, que decide no aplicar la norma en el caso concreto si considera que es inconstitucional (modelo difuso de control de constitucionalidad) o, en cambio, el proceso puede ser suspendido y la cuestión demandada a una corte especializada (corte o tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional dentro de una corte suprema), para que decida sobre la inconstitucionalidad de la norma con eficacia *erga omnes* (modelo concentrado de justicia constitucional).

Desde una perspectiva de derecho constitucional comparado, es posible entender la cuestión de inconstitucionalidad como elemento identificativo de un modelo autónomo de control de constitucionalidad, o bien, como una de las vías de acceso a un modelo concentrado. En lo que sigue vamos a profundizar los dos enfoques.

Un “modelo” es una forma simplificada de la realidad. Esto significa que para construir un modelo de una estructura compleja, sea esa un ser vivo, una máquina, una institución, o un sistema de relaciones, hay que seleccionar los elementos más significativos o determinantes del funcionamiento del objeto de investigación. Hablando de un sistema jurisdiccional de justicia constitucional, podemos identificar su función con el objetivo de garantizar la primacía de la Constitución frente a todos los poderes estatales. Los primeros modelos de justicia constitucional han sido creados tomando como criterio de clasificación el tipo de jurisdicción legitimada a realizar el control (las cortes ordinarias *vs.* un órgano jurisdiccional especializado), llegando así a la distinción clásica entre modelo difuso y modelo concentrado. De la distinta naturaleza del órgano depende el diverso funcionamiento y la diferente estructura del juicio constitucional llevado a cabo por las cortes.

La progresiva difusión de la justicia constitucional en el mundo y la amplitud de las funciones atribuidas a las cortes constitucionales concentradas han representado un nuevo desafío clasificatorio para los juristas comparatistas. En consecuencia, por un lado, se han propuesto nuevas dicotomías clasificatorias basadas en criterios distintos a la naturaleza del órgano competente al control, por ejemplo, modelo abstracto *vs.* modelo concreto (Pizzorusso); modelo de tutela de las competencias *vs.* modelo de tutela de los derechos (Cappelletti, Rubio Llorente); control en ocasión de aplicación de una ley *vs.* control al margen de la aplicación de una ley (Fernández Segado); *weak vs. strong forms of judicial review* (Tushnet); modelo nomocrático *vs.* modelo pantocrático (Bagni-Nicolini). Por otro lado, atendiendo a la perspectiva histórica, las hibridaciones de los modelos originarios, producidas en los sistemas jurídicos que en un segundo momento ha recibido la justicia constitucional, se han identificado como modelos autónomos, a pesar de que efectivamente la “mutación” fuese genotípica (o sea, afectante del criterio de clasificación originario) o fenotípica (es decir, limitada a características formales, no influyentes sobre la naturaleza del modelo originario). Es con este enfoque que se habla de “modelo incidental”, con referencia a los sistemas alemán, italiano y espa-

ñol; de modelo difuso-concentrado, con referencia a los sistemas portugués, griego y ruso; de modelo dual o paralelo, con referencia al sistema peruano; de modelo preventivo, con referencia al modelo francés. Es de inmediato evidente que la clasificación que acabamos de anunciar no identifica verdaderos modelos en el sentido de la palabra que hemos definido al principio. De hecho, los supuestos “modelos” incidental y preventivo no modifican el criterio esencial de clasificación difuso-concentrado, sino simplemente ponen en relieve algunas características secundarias del modelo concentrado, en especie, una particular forma de acceso a la Corte o el plazo para proponer la acción. Podemos considerar que estos dos elementos fundamentan submodelos autónomos de justicia constitucional solo si representan la única forma de control de constitucionalidad admisible. En este caso, de hecho, el carácter se vuelve una sola cosa con el sistema en su conjunto.

Dejando de lado el caso del control preventivo, la cuestión incidental de inconstitucionalidad como única forma de acceso a la corte representa una situación muy rara a nivel mundial (Haití y Qatar). La titularidad de la función es compartida entre las cortes ordinarias, las cuales, evaluando si la cuestión no es manifiestamente infundada, se pronuncian sobre la conformidad de la norma con la Constitución, de manera limitada al caso concreto, y la corte o tribunal constitucional, que detenta, en cambio, el monopolio sobre el juicio definitivo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el análisis comparado confirma que en la mayoría de los ordenamientos, la cuestión incidental siempre convive, en el modelo concentrado, con otras vías directas de acceso a la corte (p. ej., Albania, Bahrein, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Camboya, Chad, Chile, Chipre, Costa Rica, Croacia, Ecuador, Georgia, Jordania, Honduras, Italia, Kazajstán, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Níger, Panamá, Paraguay, Rusia, San Marino, Serbia, Eslovenia, España, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay).

Hay que dar cuenta de que en las últimas décadas se ha difundido otro submodelo de justicia constitucional dentro del juicio concentrado. Se trata del modelo incidental-preventivo, adoptado por Francia y por varios países que fueron sus colonias. Combina la vía de acceso incidental, necesariamente *a posteriori*, con el recurso directo preventivo (Argelia, Burkina Faso, Chad, Costa de Marfil, Francia, Yibuti, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Togo, Túnez). Es un curioso ejemplo de circulación “ida y vuelta”, en tanto el modelo único preventivo nació de la experiencia francesa, fue imitado por casi todas las excolonias africanas que, a menudo, incluyeron también desde el principio la cuestión incidental, la cual en cambio fue constitucionalizada en Francia con la reforma de 2008 y, por fin, imitada por los países del Magreb que todavía no la habían previsto.

Consideramos ahora la cuestión incidental como una entre las posibles vías de acceso a una corte o tribunal constitucional.

El acceso por vía de excepción representa una de las soluciones mayoritariamente difundidas dentro del modelo concentrado, prevista en Albania, Argelia, Austria, Bahrein, Bélgica, Bolivia, Camboya, Chad, Chile, Chipre, Costa Rica, Croacia, Ecuador, Francia, Georgia, Alemania, Yibuti, Jordania, Honduras, Italia, Kazajstán, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Níger, Panamá, Paraguay,

Rusia, República de San Marino, Senegal, Serbia, Eslovenia, España, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay.

Dentro de esta lista hay que distinguir entre los ordenamientos donde todos los jueces pueden proponer la excepción de inconstitucionalidad a la corte constitucional/tribunal supremo, de aquellos donde solo las altas cortes están legitimadas. En el segundo supuesto, estas realizan una forma de selección de casos; sin embargo, no tienen la discrecionalidad propia del *certiorari* que existe en Estados Unidos, ya que la elección se fundamenta en los mismos criterios de admisibilidad que la Corte constitucional va a aplicar enseguida en su juicio. Podemos imaginar el sistema como un primer *check point*, que tiene la finalidad de eliminar los casos abiertamente infundados o irrelevantes, para evitar una sobrecarga de trabajo en la corte constitucional. Así, en Francia, solo la Corte de Casación y el Consejo del Estado pueden proponer cuestiones al Consejo Constitucional. Pasa lo mismo en países que siguen el modelo francés, como Argelia y Senegal (en Yibuti solo la Corte Suprema). En Camboya, la parte en un proceso que considera que su derecho fundamental ha sido violado por una disposición de ley o un acto administrativo puede proponer la excepción al juez del caso. Este último, si reconoce que la excepción es fundada, envía las actas del proceso a la Corte Suprema, la cual, a su vez, puede o no apelarse ante el Consejo constitucional (art. 19 Ley sobre la Organización del Consejo Constitucional). En Jordania, los jueces evalúan la existencia de los requisitos procesales en las excepciones promovidas por las partes y envían en su caso las actas a la Corte de Casación, la cual únicamente decide si propone la cuestión a la Corte Constitucional (art. 11 Ley sobre la Corte constitucional, que reconoce legitimación directa también a la Alta Corte de Justicia).

Se puede además distinguir entre ordenamientos que reconocen legitimación activa a los jueces de oficio y a las partes procesales (Albania, Austria, Bélgica, Bolivia, Chile, Ecuador, Alemania, Haití, Honduras, Italia, Luxemburgo, Moldavia, Panamá, Qatar, República de San Marino, España, Turquía, Uruguay) o, en cambio, a uno solo entre los dos (las partes en Camboya, Chad, Francia, donde se prohíbe expresamente a las Cortes más altas proponer la excepción de oficio, Jordania, Níger, Túnez; solo el juez en Costa Rica, Croacia, Georgia).

Los requisitos de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad son básicamente los mismos en todos los lugares y derivan de las primeras experiencias históricas europeas. La cuestión no debe ser manifiestamente infundada, es decir, debe existir una duda del juez respecto a la constitucionalidad de la norma (Italia) o, en algunos casos, el juez debe estar razonablemente convencido de su inconstitucionalidad (Alemania). Luego, para la permanencia de la naturaleza concreta del sistema, el juez del caso debe motivar la relevancia de la cuestión, en el sentido de mera aplicabilidad de la norma dentro del proceso, o de su necesaria aplicación para la decisión final del fallo. Por supuesto, es siempre necesario individualizar la disposición específica o el acto impugnado, y motivar la existencia de los requisitos procesales.

El distinto modo de interpretar estos requisitos determina el diferente funcionamiento del modelo o submodelo incidental en el panorama comparado. Las cortes constitucionales a menudo aprovechan de su discrecionalidad interpretativa sobre los requisitos procesales para ampliar o cerrar las puertas del juicio incidental. Actúan como seleccionadoras de las causas sustanciales

a llevar a juicio. Analizamos, bajo esta perspectiva, los tres ordenamientos arquetípicos: Alemania, Italia y España.

En Alemania, el artículo 100 constitucional requiere que el juez *a quo* “considere” inconstitucional la ley de la cual depende la decisión del fallo. El juez debe estar convencido de la inconstitucionalidad de la norma.

El legislador orgánico español se inspira en el modelo alemán, afirmando que la norma debe ser “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, y determinando que la excepción debe ser promovida “una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese”, es decir, cuando el juez puede evaluar con certidumbre su relevancia.

En Italia, en cambio, la ley constitucional requiere que la cuestión no sea “manifiestamente infundada” y que el juicio no pueda ser resuelto con independencia de la decisión sobre la cuestión de inconstitucionalidad (art. 23). Se trata, de hecho, de una formula mucho más fluida que la de los otros dos sistemas.

Otros requisitos pueden ser previstos por la admisibilidad de la cuestión. En Bélgica, por ejemplo, el juez no tiene obligación de promover la cuestión si la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre un caso con el mismo objeto (art. 26, § 2, n. 2 Ley). La ley establece también el orden de prioridad entre cuestión de inconstitucionalidad y de inconventionalidad, reconociendo que prevalece la primera (§ 4) y aun cuando las partes solo han mencionado la violación de un derecho afirmado a nivel europeo o internacional, la Corte debe verificar si existe un derecho constitucional de igual contenido.

En algunos casos, como en Francia, después de la reforma de 2008, la ley establece que la cuestión es inadmisibile si es promovida en relación con una norma que ya ha sido declarada conforme a la Constitución en otro tipo de juicio constitucional (art. 23.2, n. 2 LO). Encontramos disposiciones similares en Luxemburgo (art. 6, inc. c, Ley), Moldavia (art. 29 reglamento), República de San Marino, donde si el juicio constitucional ya se ha promovido por vía directa, nunca se podrá promover por vía incidental, a pesar del éxito del juicio (art. 13.3 Ley).

En algunos ordenamientos, las cortes tienen un plazo para dictar sentencia: cinco meses en Turquía, tres meses en Francia, 45 días en Chad, 30 días en Niger. Usualmente, la violación del plazo no implica alguna sanción por la Corte, con la única excepción de Ecuador, donde el artículo 142 de la Ley afirma que “[...] en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia”.

En Alemania ha sido introducido un recurso específico para obtener compensación en caso de excesivo retraso del proceso constitucional (*Verzögerungsbeschwerde*). La compensación viene reconocida tanto en el caso en que la parte llegue a demostrar que sufrió un daño por causa del retraso como en forma de daño moral.

Otro elemento para clasificar el juicio constitucional incidental es el nivel de vinculación que la corte tiene frente al *petitum* y a la *causa petendi* que el juez *a quo* acaba de formular en la cuestión. El objeto del juicio incidental debería estar condicionado por el requisito de la relevancia y, en consecuencia, no debería ser modificable por la corte. Eso está expresamente previsto en Kosovo (art. 53 Ley), mientras que en Bélgica, el artículo 27, § 2 de la Ley permite a la Corte redeterminar la amplitud de la cuestión. En algunos países (p. ej., Italia y España), la decisión de inconstitucionalidad puede afectar a todas las normas que dependen de la impugnada.

Finalmente, otro requisito de admisibilidad puede ser la previa interpretación conforme a Constitución de la norma impugnada por parte del juez *a quo*. En Italia, este requisito ha sido añadido por vía jurisprudencial por la propia Corte constitucional. Se fundamenta en la idea “crisafulliana” por la cual una disposición se declara inconstitucional cuando su única interpretación posible es inconstitucional, y no porque haya una interpretación inconstitucional entre varias constitucionales. A partir de los años noventa, este requisito ha sido aplicado de manera más contundente respecto a la praxis de la misma Corte, en el sentido de solicitar a los jueces una interpretación conforme al derecho viviente, es decir, elegir la interpretación comúnmente utilizada por la jurisprudencia. La doctrina de la interpretación conforme a la Constitución ha sido criticada por una parte de la academia italiana. Por un lado, tiene el alcance legítimo de comprometer más a los jueces ordinarios en la aplicación directa de la Constitución, acentuando el carácter difuso del “sistema incidental” pero, por el otro, en muchos casos el prevaler de la interpretación conforme se transforma en la abdicación de la corte constitucional de su rol de guía en la interpretación constitucional. El riesgo es que se produzcan y se legitimen interpretaciones “raras” de la misma disposición. En la ausencia de un mecanismo de coordinación en la jurisprudencia ordinaria, como la institución del precedente en el *common law*, se pone en peligro la certeza jurídica y se les atribuyen a los jueces demasiados poderes discrecionales, en la elección de las cuestiones que se proponen a la corte constitucional. De hecho, frente a este mecanismo, las partes no tienen garantía alguna en contra del juez *a quo*, en tanto no pueden apelar su decisión de no proponer la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte.

Silvia Bagni

265. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL

Cuando el órgano jurisdiccional considere que tiene que aplicar en el curso del proceso una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda, y que no tenga la facultad para dejar de aplicarla, entonces existe un mecanismo de control que permite que el juez ordinario y el juez constitucional se coordinen: la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, si a un juez o tribunal local le surgen dudas sobre la constitucionalidad de la normativa que debe aplicar a un proceso que esté conociendo, entonces planteará, ante el órgano encargado del control de constitucionalidad local, una petición para que este le indique el sentido que la disposición normativa debe tener (Edgar Corzo Sosa, 2000). En consecuencia, en el supuesto descrito, existe un monopolio del rechazo en caso de constatare la inconstitucionalidad de una norma.

En cuatro entidades federativas mexicanas está contemplado este mecanismo de tutela constitucional: Veracruz, Chiapas, Coahuila y Nayarit. Sin embargo, solo en Veracruz, Coahuila y Nayarit se ha incorporado en sus respectivas leyes de control constitucional, por ello únicamente me centraré en estos tres estados.

En cuanto al objeto de control, en Veracruz se reconoce capacidad interpretativa a los jueces ordinarios, pero se deja a la Sala Constitucional la competencia para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley local. Para activar el funcionamiento de la citada Sala se requiere que los magistrados de las demás salas, jueces de tribunales o juzgados de la entidad, eleven la cuestión ante esta. Por tanto, dicha facultad no podrá, en ningún caso, ser empleada por los particulares. También se señala que las peticiones de las salas, tribunales y jueces del estado tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

También se contempla que se puede desechar de plano la cuestión cuando se advierta, de manera manifiesta, que la norma impugnada no tiene trascendencia en el proceso que ha motivado su planteamiento.

En Veracruz se establecen, de manera descriptiva, las características del proceso constitucional que debe ser seguido en la primera fase ante el juez *a quo*, que es la propiamente incidental: *a*) un juicio y una autoridad jurisdiccional; *b*) la no manifiesta falta de fundamento, y *c*) la relevancia. A estos se agrega un elemento de origen jurisprudencial que es la interpretación adecuada de la disposición al significado ya establecido por la Constitución. Asimismo, se señalan aquellos elementos que entran en la segunda fase, que es seguida ante el tribunal, con la cual se instaura un juicio autónomo y principal, con vínculos más o menos estrechos con el caso concreto.

En Coahuila se ha regulado la cuestión de inconstitucionalidad en la Ley de Justicia Constitucional local, aun cuando este instituto no estaba previsto por la Constitución de ese estado. Al efecto, en su art. 67 se señala que la cuestión se promoverá “por las partes en un juicio, por el juez que conoce del asunto o cuando el pleno del Tribunal Superior de Justicia ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique...”.

Hay que destacar que la legislación de Coahuila establece que las partes legitimadas podrán presentarse para interponer la cuestión, ante el juez o tribunal que conozca del asunto, hasta antes de que se dicte fallo definitivo. De esta forma, y teniendo presente que la cuestión de inconstitucionalidad debe estar concebida como un procedimiento que impida que el juez dicte sentencia aplicando una norma de cuya constitucionalidad duda, el planteamiento de la sentencia solo cobra sentido en el momento anterior a dictar sentencia, antes de aplicar la norma que el juez considere que puede ser inconstitucional, porque solo en este momento podrá justificar la aplicabilidad y relevancia de la misma, al haber despejado los posibles obstáculos procesales que condicionan la verificación de esas dos condiciones.

No obstante lo anterior, la legislación de Coahuila no incluye de manera expresa, como sí lo hace la de Veracruz, el elemento que debe ser considerado como indispensable para promover la cuestión: que la validez de la norma con rango de ley sea determinante para dictar el fallo.

Por su parte, en Nayarit se establece que la cuestión puede ser elevada a la Sala Constitucional-Electoral por alguna de las partes en el juicio, expresando los

argumentos del por qué estima inconstitucional la ley cuestionada; o bien por el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto; incluso este mecanismo lo puede utilizar cualquier autoridad u organismo autónomo siempre y cuando —al igual que Veracruz— la ley sea determinante para la validez de la resolución, y tratándose de autoridad jurisdiccional la consulta se convierte en obligatoria cuando consideren que la ley puede ser contraria a la Constitución local.

Como se sabe, en Coahuila existe un control difuso de constitucionalidad, a través del cual todo juez ordinario (de oficio o a petición de parte) puede declarar la inaplicabilidad de una norma o acto que considere contrario a la Constitución local, existiendo una revisión ante el Pleno del Tribunal. Por tanto, en este estado no debió incluirse la cuestión de inconstitucionalidad, pues en él ya estaba reconocida la plena participación de todos los jueces locales en el control de constitucionalidad de las normas.

La cuestión de inconstitucionalidad en Veracruz, por su propia naturaleza, puede ser promovida por las salas del Tribunal Superior de Justicia (con excepción de la Sala Constitucional), tribunales y jueces del estado. En cambio, en Coahuila se promoverán por las partes de un juicio; por el juez que conoce del asunto; por el pleno del Tribunal Superior de Justicia cuando ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique la interpretación constitucional de un caso trascendental o sobresaliente a juicio de este; o también en los de revisión de oficio de la declaración de inaplicación de la ley por parte de un juez; o bien la duda de constitucionalidad de una norma por parte de una autoridad diferente a la judicial.

En Coahuila este tipo de mecanismo, que tiene una naturaleza concreta, al tutelar derechos subjetivos, puede ser promovido por los particulares afectados en el juicio. Sin embargo, creemos indispensable precisar que los particulares solo podrán plantear la cuestión ante el juez que conoce del asunto para que este a su vez lo promueva ante el Pleno del Tribunal; pero lo que no se admite es que las partes directamente planteen la cuestión ante este último órgano jurisdiccional. En Veracruz, en cambio, no se les otorga esta facultad a los particulares.

En Veracruz no se precisa de manera clara cuáles serán los efectos que tendrá la respuesta que la Sala Constitucional dé a las peticiones sobre las dudas de constitucionalidad que planteen las salas penales, civiles, la Sala Electoral y la de Responsabilidad Juvenil, así como los tribunales y jueces del estado. Lo único que se indica es que la Sala Constitucional tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones, cuando se advierta de manera manifiesta que no tiene trascendencia en el proceso ante el juez *a quo*.

En el caso de Coahuila y Nayarit se establece que si el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o la Sala Constitucional, respectivamente, determina la invalidez o validez de la ley, el juez o tribunal se deberá ajustar a dichas consideraciones para dictar su resolución.

Giovanni A. Figueroa Mejía

266. CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

Asumido que la mayor parte del derecho de la Unión Europea es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la “comunidad” propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la

fase aplicativa, que opera en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última instancia, de sus órganos jurisdiccionales, competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa).

A evitar el referido riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión o remisión prejudicial, regulado en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en virtud del cual se faculta/obliga al juez nacional a plantear al juez europeo las dudas que le surjan, en el contexto del litigio del cual esté conociendo, acerca de la interpretación o la validez del derecho de la Unión aplicable al caso. Se trata, pues y como ha sostenido en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de un “marco muy particular de cooperación judicial”, en el que compete al juez europeo aclarar el alcance del derecho de la Unión, y al juez nacional resolver el litigio que originó la cuestión a la luz de tal aclaración.

Se distingue así la cuestión prejudicial, por su finalidad misma, de la prejudicialidad que, bajo la denominación de “opinión consultiva”, nació en 2013 en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (concretamente de su Protocolo núm. 16): aun cuando tanto la una como la otra persiguen concienciar al juez nacional de su condición de juez europeo, la cuestión prejudicial responde esencialmente, según se ha señalado, a la búsqueda de la uniformidad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión (una norma común, la europea, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros), mientras que la opinión consultiva está presidida, tal y como expresamente recuerda el Preámbulo mismo del Protocolo número 16, por el reforzamiento del principio de subsidiariedad, entendido en el sentido de que “la labor de asegurar el respeto de los derechos garantizados por el Convenio descansa, en primer lugar y ante todo, no tanto en el Tribunal Europeo como en las autoridades de las Partes Contratantes”.

También difiere la cuestión prejudicial de los controles incidentales de constitucionalidad previstos en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros (caso, por ejemplo, de Alemania, Italia y España). Así, mientras que la cuestión prejudicial europea cubre tanto la interpretación como la validez del derecho de la Unión, la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial, no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál debiera ser, de entre las varias posibles, su interpretación más acomodada a la Constitución.

Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial de interpretación, su régimen específico se desenvuelve en los términos sentados por el TJUE en el asunto *CILFIT* (1982), que recoge las doctrinas del “acto claro” y del “acto aclarado”.

En virtud de la primera, que afecta a los órganos jurisdiccionales “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”, dichos órganos estarían obligados a plantear la cuestión salvo que la correcta aplicación del derecho de la Unión se imponga con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada. Ello asumido, matizaría el TJUE, que “antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales na-

cionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”, a cuyos efectos hay que tener en cuenta: *i*) la necesidad de, llegado el caso, cotejar las diversas versiones lingüísticas, todas igualmente oficiales; *ii*) la autonomía conceptual del ordenamiento jurídico europeo, no necesariamente coincidente con el ordenamiento jurídico nacional, y *iii*) la incardinación de la concreta disposición de cuya interpretación se duda en su contexto jurídico natural, que no es otro que el ordenamiento europeo globalmente considerado.

Junto con la doctrina del “acto claro”, *CILFIT* recoge la del “acto aclarado”, en virtud de la cual *cualquier* órgano jurisdiccional nacional tiene plenos poderes para aplicar por su propia autoridad, *i.e.*, sin plantear cuestión prejudicial, “jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas”.

Ello en el bien entendido, al mismo tiempo, de que ningún órgano jurisdiccional nacional puede por su propia autoridad apartarse de la doctrina sentada por el TJUE, al que, no obstante, puede dirigirse si lo considera oportuno para aclarar algún punto oscuro de la doctrina en cuestión, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o, simplemente, para intentar que el TJUE reconsidere su postura.

Aunque el artículo 267 del TFUE no hace distinciones a los efectos de su activación entre la cuestión prejudicial de interpretación y la de validez (más allá de que esta no es posible plantearla con relación al derecho originario, esto es: TUE, TFUE, protocolos anejos y Carta de los Derechos Fundamentales), el TJUE sentó en el asunto *Foto-Frost* (1987) su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del derecho de la Unión.

Ello implica que, en presencia de “duda razonable” acerca de la validez del derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso de derecho interno está, en todo caso, obligado a plantear la cuestión al TJUE en los mismos términos que debe hacerlo si la duda es puramente interpretativa, mientras que los órganos cuyas decisiones son recurribles, pueden resolver aquella por su propia autoridad siempre que sea en términos positivos, no negativos, de validez. Y en ausencia de “duda razonable”, ambos tipos de órganos solo podrán, por su propia autoridad, fallar en términos positivos, pues los juicios negativos son monopolio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para finalizar, se ha de recalcar la idea de que la cuestión prejudicial se activa exclusivamente a iniciativa de los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de que las partes del litigio principal hayan solicitado o no que se someta la cuestión al TJUE; y son dichos órganos quienes deberán apreciar la fase del procedimiento nacional que resulte más idónea para dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentado lo anterior, las vulneraciones por los órganos jurisdiccionales nacionales de la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando se den las condiciones para hacerlo pueden provocar acciones por incumplimiento ante el TJUE contra el Estado miembro al que pertenezcan, así como acciones de indemnización ante los tribunales nacionales por los daños y perjuicios que tales vulneraciones hayan podido ocasionar a los litigantes afectados.

Ricardo Alonso García

267. CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD (FRANCIA)

En la República Francesa, la Constitución reconoce a los justiciables —es decir, a quienes sean parte en una instancia o proceso judicial— el derecho de alegar que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades que la ley fundamental garantiza. Esto significa que los ciudadanos franceses pueden interponer una excepción o recurso de inconstitucionalidad cuando, al ser parte de un proceso judicial, consideren que una ley es incompatible con la Constitución.

Dicha excepción de inconstitucionalidad, conocida como cuestión prioritaria de constitucionalidad (en francés *question prioritaire de constitutionnalité* o QPC), se constituye así en el recurso idóneo con que cuentan los justiciables para solicitar que el órgano de control verifique la constitucionalidad de las disposiciones legales, las cuales pueden consistir en leyes orgánicas, leyes ordinarias u ordenanzas ratificadas por el Parlamento.

En este sentido, es importante tener en cuenta que los derechos y libertades que se busca proteger no están contenidos exclusivamente en el texto de la Constitución vigente (1958), sino que también se salvaguardan los derechos reconocidos en otros documentos de valor constitucional, a los que hace referencia el preámbulo de dicha ley suprema: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789; el preámbulo de la Constitución de 1946, y la Carta del Medio Ambiente, de 2004.

Dada su trascendencia, la cuestión prioritaria puede interponerse en cualquier momento del procedimiento, ya sea en primera instancia o segunda instancia, o bien, al tramitarse una apelación o un recurso de casación (los dos últimos competencia del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, respectivamente). En materia penal, sin embargo, la cuestión prioritaria únicamente puede interponerse en la fase de instrucción.

A diferencia de lo que ocurre en otras naciones europeas (p. ej., España, Alemania o Italia), donde la facultad para verificar la conformidad de las leyes con la Constitución corresponde a un Tribunal o una Corte Constitucional, pertenecientes al orden judicial y compuestos por magistrados, en Francia se diseñó un modelo de control que podríamos llamar atípico, pues dicha facultad compete a un órgano político integrado por consejeros, denominado Consejo Constitucional. Más aún, los consejeros son elegibles independientemente de su formación académica o su profesión, sin que sea forzoso que hayan realizado estudios relacionados con la ciencia jurídica.

Por ello, de cumplirse las condiciones de admisibilidad, corresponde al Consejo de Estado remitir la cuestión prioritaria al Consejo Constitucional, quien cuenta con un plazo de tan solo tres meses para pronunciarse y, de estimarlo necesario, derogar la disposición legislativa combatida. La excepción a dicha regla se presenta cuando se aborda un asunto de extrema urgencia o que verse sobre la privación de libertad de la persona, en cuyo caso corresponde al Consejo de Estado pronunciarse sin demora. Asimismo, las decisiones del Consejo Constitucional son inapelables y definitivas, y se imponen a todas las autoridades, sean judiciales o administrativas.

Vistas tales características, se puede inferir que nos encontramos ante un control de constitucionalidad *a posteriori*, concentrado y con efectos *erga omnes*, puesto que el órgano de control examina una disposición que ya entró en vi-

gor, y cuyo examen deriva en la declaración de validez o invalidez de una ley, con efectos generales. En el caso de que se determine la inconstitucionalidad y consecuente abrogación de una ley, corresponde al propio Consejo Constitucional determinar los efectos temporales de su decisión, pudiendo determinar la fecha a partir de la cual la abrogación surtirá sus efectos, dando tiempo al Parlamento para corregir el motivo de inconstitucionalidad.

Pese a su naturaleza tan trascendental para todo Estado de derecho, este procedimiento fue incorporado al orden jurídico francés tras una reforma constitucional relativamente reciente, de 23 de julio de 2008 (art. 61.1). Hasta antes de dicha fecha, el ciudadano francés no contaba con un medio para impugnar la inconstitucionalidad de una ley sancionada. Al respecto, Marc Guillaume considera que dicha reforma obedece a tres propósitos: *a*) otorgar un nuevo derecho al justiciable, permitiéndole hacer valer los derechos que garantiza la Constitución; *b*) purgar el orden legal de las disposiciones inconstitucionales, y *c*) garantizar la preeminencia de la Constitución en el orden interno.

Carolina Hernández Parra

268. CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES

Una de las objeciones más reiteradas por lo que respecta a la actividad del *Ombudsman* es el carácter no obligatorio o imperativo de las recomendaciones de las comisiones públicas de derechos humanos. Esta objeción generalmente se complementa con la propuesta de que dichas recomendaciones se conviertan en vinculantes para las autoridades a las cuales se dirigen, lo que solo revela el desconocimiento de la institución del *Ombudsman*.

Al respecto, en un primer plano debe señalarse que el carácter no vinculante u obligatorio de las recomendaciones no es solo una característica peculiar de los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos establecidos en nuestro ordenamiento nacional, sino que corresponde a la esencia de las funciones de todos aquellos organismos que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, y también de algunos de carácter internacional que carecen de funciones jurisdiccionales, pero que deciden sobre las reclamaciones interpuestas por los afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales. En efecto, la finalidad de estas resoluciones es reparar de manera inmediata las violaciones a los derechos de los administrados, sin las dilaciones y formalidades de los procesos jurisdiccionales, como un apoyo a los agobiados tribunales y sin la pretensión de sustituir a estos últimos en su función final y definitiva de la tutela de los propios derechos.

Si de manera diferente se otorgara a las recomendaciones de los citados organismos no jurisdiccionales de carácter imperativo, estos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual exigiría un conjunto de procedimientos que conllevan más trámites y se perderían los aspectos favorables de la solución preventiva y expedita de conflictos de naturaleza administrativa, que es lo que ha otorgado prestigio universal a los organismos que han seguido directa o indirectamente el modelo del *Ombudsman*. Con justa razón se ha denominado a estos organismos como “magistratura de opinión”.

Además, debe tomarse en consideración que en la práctica de las actividades de los citados organismos no jurisdiccionales, uno de los aspectos más posi-

tivos que se desprenden de sus informes es el señalamiento de que un número muy importante de quejas y reclamaciones se resuelve rápidamente por medio de acuerdos entre los servidores públicos de dichos organismos con las autoridades responsables, por amable composición, que con bastante frecuencia resuelven voluntariamente las inconformidades de los afectados, lo que no se produce en el ámbito jurisdiccional, si se toma en cuenta que los procedimientos de conciliación tienen efectos positivos muy limitados ante los tribunales.

Para dilucidar este problema, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el verbo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud para que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción realice la conducta necesaria con el fin de reparar la violación de los derechos del o de los afectados.

Por tanto, las recomendaciones pueden observarse desde dos enfoques. En primer término, ya se ha dicho que no son obligatorias para las autoridades respectivas, y por ello, como lo establece expresamente el art. 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. Desde otra perspectiva, las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos, ya que tienen carácter público, pues además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. No son simples sugerencias o insinuaciones a la autoridad responsable, sino que constituyen verdaderos títulos jurídicos.

Finalmente, debe recordarse que *si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, adquiere carácter obligatorio o imperativo* para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla, y con ello el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación, como lo señala, también de acuerdo con un principio general, el art. 47 de la Ley de la Comisión Nacional. Pero aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la recomendación no tiene atribuciones, en caso de incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo. Debe tomarse en cuenta que en los supuestos de incumplimiento o de no aceptación de las recomendaciones, aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, además de la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes.

Ha resultado muy provechosa la existencia de *recomendaciones generales*, que establece el art. 140 del Reglamento Interno de la CNDH, con fundamento en el art. 6o., frac. VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que tienen el propósito de promover ante las autoridades responsables el cambio o modificación de conductas reiteradas que llevan consigo violaciones a los derechos humanos; dichas recomendaciones generales son

aprobadas por el Consejo Consultivo de la CNDH y publicadas en la *Gaceta de la Comisión* y en el *Diario Oficial de la Federación*. Estas recomendaciones no requieren de la aceptación de las autoridades a las que van dirigidas.

Por último debemos destacar que fue muy importante la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que adicionó este texto al art. 102, apartado B, segundo párrafo, de nuestra carta magna: “Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, estos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

José Luis Soberanes Fernández

269. CUOTAS DE GÉNERO EN EL EJERCICIO DE DERECHOS POLÍTICOS

Las cuotas de género son medidas orientadas a establecer una presencia mínima (número o porcentaje) de mujeres en posiciones políticas. Constituyen una forma de acción afirmativa para superar obstáculos sociales y culturales que inhiben la participación política de las mujeres en igualdad de condiciones frente a los hombres, tradicionalmente usadas en los Parlamentos. Su naturaleza es temporal, pues están diseñadas para existir solo en tanto subsista la asimetría de género; es decir, los niveles de subrepresentación que les dan origen.

Desde su aparición han enfrentado dos tipos de oposición. Una vertiente de crítica las considera discriminatorias contra la participación política de los varones. La segunda, cuestiona la imposición de una restricción a la libertad de sufragio de los ciudadanos. No obstante, poco a poco las cuotas de género han logrado reducir ambas oposiciones para su incorporación a las legislaciones nacionales y subnacionales. En efecto, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa las considera como una práctica válida para la efectividad de los mecanismos de participación de sectores desprotegidos. En ese sentido, el código de buenas prácticas de dicha Comisión es claro en señalar que cuando las cuotas de género tienen base constitucional no son contrarias a la igualdad del sufragio.

Previo a la adopción de las cuotas de género, se consideraba suficiente la *equidad competitiva* que eliminó restricciones del voto de la mujer y su participación en los órganos políticos con base en una inicial expansión del principio de equidad. Sin embargo, ese reconocimiento formal no logró por sí solo disminuir la subrepresentación política de la mujer. Esa visión clásica del principio de equidad se mantuvo vigente la mayor parte del siglo xx, hasta que la presión de grupos feministas fue abriendo paso a una nueva noción: la *equidad de resultados*.

Este concepto se refiere a que todas y todos por igual tienen asegurado y garantizado el ejercicio del derecho de que se trate. Toma en cuenta las diferencias y problemas sustanciales, y para remediarlos propone una serie de tratamientos diferenciados o medidas compensatorias que, como las cuotas de género,

tienen como fin conseguir el goce real del derecho para los grupos vulnerables o tradicionalmente discriminados.

Con esa evolución conceptual sobre la equidad se materializa la perspectiva de igualdad como un derecho distributivo. Es decir mediante la adopción de políticas públicas específicas encaminadas a que las mujeres logren niveles equivalentes a los varones en el acceso a cargos de elección y en los porcentajes de representación política.

Si bien existen cuotas de género adoptadas voluntariamente por algunos partidos desde la década de 1970, Argentina fue el primer país del mundo en incorporar las cuotas en su legislación nacional en 1991, mediante la Ley 24.012, “Ley del Cupo Femenino”, haciéndolas con ello obligatorias para todos los partidos políticos.

Para 1995, los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas unánimemente firmaron la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing, con el propósito de facilitar la participación y el acceso igualitario de las mujeres a los puestos de decisión política. A partir de entonces, las diversas naciones han implementado el uso de cuotas de género en sus legislaciones.

I. Tipos de cuotas de género. A fin de distinguir las prácticas pro-género de algunos institutos políticos (cuotas voluntarias) de aquellas acciones afirmativas contempladas por los Estados, cuando las cuotas están previstas en una norma se les denomina cuotas obligatorias. Estas pueden ser aplicadas durante el proceso de nominación, de manera que constriña a los partidos a postular mujeres en sus listas de candidaturas en una determinada proporción. En estos casos, algunas legislaciones permiten que las mujeres sean postuladas en lugares poco favorables de la lista, mientras que otras más ambiciosas buscan generar mayores equilibrios. Las más estrictas, por ejemplo, obligan a intercalar hombres y mujeres a lo largo de las listas de candidaturas de representación proporcional, a partir del respeto más amplio a los principios de paridad, alternancia y no discriminación. Las cuotas obligatorias pueden estar plasmadas en una norma constitucional o legal.

a) *Cuota de escaños reservados*: se definen así los espacios de representación que solo podrán ser ocupados exclusivamente por mujeres. Generalmente se han aplicado en Asia y África. Un precursor de este modelo fue implementado en Paquistán en los años cincuenta, donde las mujeres votaban únicamente por las mujeres que ocuparían un escaño reservado.

b) *Leyes cuota*: son mecanismos que modifican el sistema electoral al exigir cierto porcentaje de candidaturas ocupadas por mujeres. Este sistema, iniciado en Argentina (1991), es el que más se ha extendido en la práctica.

c) *Cuotas en partidos políticos*: es otra manera de llamar a las cuotas voluntarias. La medida no busca necesariamente un umbral específico en los órganos de representación del Estado. En efecto, su ámbito de aplicación puede ser dual: reservar determinados espacios en las dirigencias partidistas para la composición equilibrada de los órganos internos, o bien, bajo los principios de autodeterminación y auto-organización, determinar un número o porcentaje de candidaturas en las postulaciones a puestos de elección popular. Estos mecanismos fueron implementados originalmente en la década de los años setenta en los partidos de izquierda de Europa occidental.

d) *Cuotas de resultados*: es fijado un número determinado de escaños o porcentaje de la representación para ser ocupado por mujeres. En esta ca-

tegoría caben diversas modalidades. Se pueden hacer distritos específicos (o circunscripciones) para mujeres, de manera que solo sean designadas mujeres en esos ámbitos geográficos; o bien hacer compensaciones a la sobrerrepresentación de hombres y sustituirlos por mujeres que hayan participado en la elección a efecto de garantizar el número o porcentaje de escaños reservados para mujeres.

Una modalidad de la anterior es el sistema de mejor perdedor, el cual va asignando escaños a aquellas mujeres que recibieron el mayor número de votos (sin haber ganado), hasta obtener el número establecido por la cuota.

e) *Cuotas horizontales y transversales*: las horizontales exigen la elección o postulación de un número o porcentaje de candidaturas, tomando en cuenta el número total de un mismo cargo de elección (presidentes municipales, diputados, senadores). El enfoque vertical consiste en que respecto a los cargos que se eligen por planilla también debe obligarse la aplicación del principio de equidad y alternancia entre el hombre y la mujer en orden descendente (si la primera candidatura en la planilla es ocupada por una mujer, la segunda será para un hombre y así sucesivamente).

II. EXCEPCIONES A LAS CUOTAS DE GÉNERO. Un caso atípico en la incorporación de cuotas de género a las legislaciones nacionales es el mexicano. La acción afirmativa por muchos años permitió que las cuotas se incumplieran cuando las candidaturas de mayoría relativa surgieran de procesos democráticos de elección al interior de los partidos. Esto hizo en los hechos nugatorio el propósito buscado por la norma, puesto que los partidos encontraron un salvoconducto para postular de manera arbitraria al número de mujeres que determinaban sus dirigencias con independencia de si se cubría o no la cuota de género. En la actualidad, gracias a la interpretación jurisdiccional del tribunal electoral, las cuotas de género ya no son sujetas de excepción; es decir, los partidos tienen que cumplir con el 40% de candidatas mujeres y también con la alternancia en la integración de las listas de candidatos de representación proporcional. Tampoco es posible postular candidatas propietarias mujeres y suplentes hombres, a efecto de evitar que una vez en el ejercicio del cargo, se les presione a renunciar o sean sustituidas por sus suplentes.

III. Efectos de los sistemas electorales en las cuotas de género. Es mayor la efectividad de las cuotas en los sistemas que permiten una pluralidad de candidatos por distrito o circunscripción, de manera que puedan postularse candidatos de ambos sexos. Lo mismo ocurre en los sistemas proporcionales frente a los de mayoría, en los que un solo candidato obtiene la totalidad de la representación de su circunscripción o distrito. En sentido contrario, la celebración de elecciones primarias tiende a disminuir la eficacia de las cuotas.

María del Carmen Alanís Figueroa