

E

der · Guillermo Blanco Vizarrreta · Armin von Boddandt ·
Andrés Bordalí Salamanca · José Ramón Cossío Díaz ·
Color Vargas · Ayesha Borja Domínguez · Camilo Erra
va · Carlos Chinchilla Sandí · Carlos Emilio Arenas B
nco · María Aguilar Morales · Caterina Drigo · César
s Cuauhtémoc Manuel de Dienne · Barriguete · Cyr
z Toledo · Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernánc
rdo Alcaraz Mondragón · Eduardo José Castellano
Asante · Enrique Cáceres Nieto · Francisco Vázquez
García Vitoria · Israel Santos Flores · José Julio Fernán
osimo Lautaro Ríos Álvarez · Luis Espíndola Morales
ncisco del Rosario Rodríguez · María de la Concepció
res · Pablo González Domínguez · Valeriano Pérez M
os Morales · José Ugaz · Aída Díaz-Tendero · Enrico A
a · Héctor Fix-Fierro · José Luis Soberanes Fernández ·
sco · José Ma. Serna de la Garza · Francisco Javier Ca
os · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Gumesi
to · María del Carmen Alanís Figueroa · Jesús Ángel
es de la Torre · Mariela Morales Antoniazzi · Jorge Ac
zález Galván · Robert Alexy · Osvaldo A. Gozaíni · Jo
ntonio · Karina Ansolabehere · Pedro Salazar Ugarte ·
strada Marún · Silvia Bagni · Javier García Roca · Jos
arín Castillo · Juan Manuel Acuña · José Ricardo Car
a Estévez · Ricardo Alonso García · Juan Manuel Arr
ontreras Bustamante · Geraldina González de la Vega
lo Córdova · Carlos Ayala Corao · María Díaz Crego
e Luiz Alberto David Araujo · Arturo Bárcena Zubietta
nzález Oropeza · Francisco Javier Díaz Revorio · Mar
Martínez · Marycarmen Color Vargas · Mauro Roderi
gel Aguilar López · Christina Binder · Víctor Bazán ·
yk Rumb · Nuria ·

515. EFECTOS ERGA OMNES

Las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esa generalidad contrae profundas implicancias, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles; los otros suelen quedar cuestionados porque convierte a la sentencia en un formato legislativo.

El efecto jurídico tiene estas características:

a) *Son retroactivas (ex tunc)*. Es decir, que actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Debido a esta característica algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. “Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo este conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución «La justicia constitucional»*).

b) *Afectan derechos consolidados*. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo o “fuerza de ley”, como dice el Tribunal Constitucional alemán.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*. Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional, estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la norma fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera “situaciones jurídicas insoportables”, muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quieren correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El art. 140.7 reglamentario determina: “anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia”.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia, entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) *La sentencia cobra fuerza normativa (propriamente, es casi una ley)*. La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan total o parcialmente la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos, ha cambiado con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas.

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*. La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone, desde la decisión y sus fundamentos, la más pura y genuina interpretación de la norma fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere, desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes*, un alcance aproximado, que no tiene nuestro país, al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional*. Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia *erga omnes*, y al mismo tiempo refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizá esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un “legislador negativo” han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso en los modelos de sentencias es preciso reconocer la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastocan.

Oswaldo A. Gozáini

516. EFECTOS EX NUNC

La expresión “efectos *ex nunc*” (palabra latina que significa “efectos desde ahora”) alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos. Sin embargo, como reflejamos en el comentario de la voz de los efectos *ex tunc*, entendemos que técnicamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe tener efectos retroactivos, los propios de la nulidad.

De cualquier forma, Kelsen defendió un esquema en el que los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

Para este autor, el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley), y cuya actividad está absolutamente determinada por la carta magna. El juez constitucional actúa sobre la ley misma y no sobre su aplicación en un litigio determinado. A él le corresponde eliminar la ley incompatible con la Constitución, y al hacerlo pone de manifiesto la incompetencia en la que ha incurrido el legislador al intentar ocupar el lugar del poder constituyente. El tribunal constitucional es un “guardagujas” que indica que la vía correcta que debía haberse seguido para introducir la norma era la constitucional y no la legislativa, o sea, que debía haberse procedido a una reforma de la Constitución para incorporar esa norma al ordenamiento.

La eliminación de la ley inconstitucional tiene, en Kelsen, efectos *ex nunc* (irretroactivos) y *erga omnes* (frente a todos), que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. En este sentido, dicho jurista afirmaba que “la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo más que la elaboración con signo negativo” (Kelsen, 1928). Por lo tanto, la ley inconstitucional recibe la sanción de anulabilidad, que es irretroactiva, en consecuencia lógica con la naturaleza de legislador negativo. Y la derogación opera, como es sabido, *ad futurum*. Todos los proyectos, de Kelsen, de Constitución para la Austria de la Primera posguerra, que serán la base el proyecto oficial, prevén estos efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad será, por ello, constitutiva. De esta forma, trataba de huir de los riesgos de un gobierno de jueces, que en la época del jurista austríaco podía venir favorecido por ciertos postulados en boga en algunos ambientes como los de la Escuela de Derecho Libre, que trataban de relajar el sometimiento de los jueces a la ley.

Estos planteamientos se plasmarán en la Constitución austríaca de 1920 y en la checoslovaca del mismo año, gracias a las cuales la construcción teórica señalada encontrará, casi de inmediato, aportaciones de la práctica. Asimismo, la influencia en la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 también es evidente.

A pesar de que, superado Kelsen y, como ya dijimos, lo más correcto desde un punto de vista técnico es el efecto retroactivo para la declaración de inconstitucionalidad, no existe unanimidad en este sentido. De esta forma, en diversos ordenamientos el efecto general de esta declaración es la irretroactividad. En Europa nos referimos a Albania, Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Macedonia, Moldavia, Polonia y Rumania (en este caso, tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias). No obstante, en Grecia, el art. 51 de la ley que regula el Tribunal Especial Superior habilita a este a dotar de retroactividad su decisión de inconstitucionalidad, al tiempo que permite la introducción de demandas destinadas a revisar sentencias firmes. Además, la administración está obligada a retirar los actos administrativos tomados con base en la ley ilegítima. De igual forma, los arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución austríaca también posibilitan a su Tribunal Constitucional a decretar la retroactividad. Asimismo, el art. 132.2 de la carta magna albanesa permite al Tribunal Constitucional fijar la fecha en la que la decisión de inconstitucionalidad adquirirá fuerza.

Incluso, en América la opción más generalizada es la de los efectos *ex nunc*. Así, en Guatemala, ante la declaración de inconstitucionalidad, la norma afectada dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación del fallo en el *Diario Oficial* (art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). En Honduras también hay que interpretar este efecto ya que se habla de la derogación de la ley inconstitucional (art. 185 de su Constitución). En México, la declaración de invalidez en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad “no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal” (art. 105 de la Constitución mexicana). En Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma legal “no tiene efecto retroactivo” (arts. 204 de la Constitución peruana y 81 de su Código Procesal Constitucional). En fin, en la República Dominicana, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos “para el porvenir”, aunque el Tribunal Constitucional puede “reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones” (art. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

José Julio Fernández Rodríguez

517. EFECTOS EX TUNC

La expresión “efectos *ex tunc*” (locución latina que significa “efectos desde entonces”) alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se regirán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.

De todos modos, a nuestro entender y desde un punto de vista teórico, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de un tribunal constitucional parece que la solución más acertada respecto de la decisión estimatoria de la inconstitucionalidad son los efectos *ex tunc* o retroactivos. La sanción de nulidad de la norma contraria a la carta magna entraña la expulsión de esa disposición con efectos retroactivos (si los efectos fueran irretroactivos habría que hablar más bien de anulabilidad, no de nulidad). La ley inconstitucional incurre en un vicio sumamente grave, el mayor vicio que puede contener una norma: ser contraria a la *lex superior* que objetiva la soberanía del pueblo. Por ello, el vicio de inconstitucionalidad debe ser castigado con la mayor sanción posible, la nulidad y sus consiguientes efectos retroactivos. Es necesario eliminar, desde su nacimiento, la propia norma y los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, según veremos más abajo, que impone la seguridad jurídica.

La naturaleza de la sentencia que contiene la declaración de nulidad de la norma inconstitucional es declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional).

A pesar de defender que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser retroactivo, en el esquema de Kelsen, sin embargo, los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos, tal y como vimos en el comentario a la voz sobre dicho efecto. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que esta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que esta entra en vigor. No obstante a lo dicho, no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad, como categoría general, consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

En este orden de cosas, el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán obliga a declarar la nulidad de la ley considerada inconstitucional. En la misma línea se expresan los arts. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español y 282 de la Constitución portuguesa. La retroactividad de esta declaración está clara en Bélgica, España (interpretando *a contrario sensu* el art. 40 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Portugal (aunque el párrafo cuarto del art. de la Constitución lusa acabado de citar permite al Tribunal dar un alcance más restrictivo a la inconstitucionalidad en razón de la seguridad jurídica, la equidad o el interés público). Por su parte, los arts. 136 de la Constitución italiana y 30 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional italiano no resultan tan nítidos al indicar, el primero, que la declaración de ilegitimidad constitucional de una disposición legislativa o de un acto que tenga fuerza de ley supone que esa disposición cesa de estar en vigor desde el día siguiente de la publicación de la decisión, y, el segundo, que no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. No obstante, la jurisprudencia italiana (al igual que, entre otras, la alemana y española) confirma lo dicho sobre el carácter retroactivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

En América también encontramos ejemplos de efectos hacia atrás en el tiempo, aunque menos numerosos que los efectos *ex nunc*. En Costa Rica, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo “a la fecha de vigencia del acto o de la norma” (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque la sentencia podrá graduar en el tiempo dicho efecto.

La virtualidad retroactiva que hemos atribuido al pronunciamiento de inconstitucionalidad no es absoluta sino que se salvan distintas situaciones. No cabe duda de que la lógica de la nulidad de la ley inconstitucional no debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, destruyendo así relaciones ya consolidadas y de efectos fenecidos. El principio de seguridad jurídica exige tal limitación, dando lugar, en general, a que se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (ejemplos de ello son Alemania, España, Italia, Portugal, Costa Rica o México). En efecto, el art. 40.1 de la Ley del Tribunal Constitucional español prevé la revisión de los casos penales o contencioso-administrativos en que la nulidad de la norma aplicada beneficie al castigado (reducción de la pena o de la sanción, exención o limitación de la responsabilidad). Ello no es óbice para entender corregida la línea jurisprudencial relativa a esos preceptos anulados, según el art. 40.2 de la misma ley. Por su parte, el art. 105 de la Constitución mexicana da efectos retroactivos a las declaraciones de invalidez en materia penal que se producen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, siendo la regla general la irretroactividad (se supone que esta retroactividad en materia penal solo se produce en sentido favorable).

La tentativa de eliminar los efectos que ha dejado la ley inconstitucional, por mor de la sanción de nulidad que técnicamente debe aplicarse, tendría que dar lugar a que las normas derogadas por la ley inválida vuelvan a entrar en vigor. Así lo establecen los arts. 282.1 de la Constitución portuguesa y 140.6 de la Constitución austríaca (salvo que en el fallo se disponga otra cosa), y ello a pesar de que en el país centroeuropeo la sanción es de anulabilidad. Esta es una solución poco extendida porque, al margen de otras consideraciones, resulta demasiado agresiva con la seguridad jurídica. En este sentido se expresa el art. 83 del Código Procesal Constitucional del Perú, donde se establece que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

La construcción explicada en los párrafos anteriores puede verse alterada cuando un tribunal constitucional dicta una sentencia atípica (del estilo de una recomendación al legislador, que no incluye nulidad), precisamente, a lo mejor, para huir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad y poder adaptarse mejor a la realidad que debe resolver.

José Julio Fernández Rodríguez

518. EFECTOS INTER PARTES

Este tipo de efectos, en sentido jurídico, significa que la decisión que los posee se aplicará solo a las partes que han intervenido en el procedimiento o proceso que acaba con tal decisión (traducido literalmente del latín significaría “efectos entre la partes”). La categoría contraria a esta serían los efectos *erga omnes*, que originan que la decisión se aplique a todos y no solo a los que han intervenido en el procedimiento o proceso (la traducción literal del latín sería “efectos frente a todos”).

La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del dere-

cho procesal constitucional puede imponer una visión diferente. En efecto, en este ámbito del derecho procesal constitucional, en función del sistema en el que estemos y del tipo de proceso, los efectos serán unos u otros.

En sistemas difusos de control de constitucionalidad, la sentencia del juez ordinario que efectúa tal control tendrá efectos entre las partes de su proceso. Lo que hace dicho juez es inaplicar la norma inconstitucional al caso. El control en un sistema difuso es un control concreto, en la medida en que se ejerce con ocasión de un litigio determinado, y sus decisiones tienen una autoridad de cosa juzgada relativa, en el sentido de que la inconstitucionalidad solo valdrá para el asunto y las partes del litigio que se está sustanciando.

Los recursos superiores o la selección de casos deberían permitir al tribunal supremo, en un sistema difuso, unificar decisiones discrepantes y dotar de un trasunto de efectos generales a través de la vinculación que genera la jurisprudencia del órgano que encabeza el Poder Judicial. En concreto, en Estados Unidos, el sistema del precedente y el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Esto da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad sea equivalente a una anulación por la generalidad que en la práctica adquiere. La colocación del tribunal supremo de este país en la cima de la jerarquía judicial da unidad al sistema. Tal tribunal, desde 1925, ostenta un poder discrecional de selección de asuntos (el privilegio del *certiorari*) que le permite escoger los casos sobre los que va a llevar a cabo un control de constitucionalidad.

En cambio, en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal constitucional u órgano equivalente debe tener efectos generales o *erga omnes*. Ello también es predicable en un sistema mixto cuando actúa el órgano de jurisdicción constitucional. La decisión de inconstitucionalidad de la norma parece tener así una fuerza similar a la de la ley eliminada. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general debe carecer de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*. Así, en Costa Rica el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones que denieguen la acción de inconstitucionalidad “únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto”.

Ya en Kelsen la eliminación de la ley inconstitucional tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*, que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. Recordemos que para dicho autor el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal, al no aplicar normas a hechos concretos, sino un legislador negativo que analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley).

A pesar de que parte de las posiciones de Kelsen están superadas, los sistemas concentrados o mixtos mantienen esta característica de los efectos generales ante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del tribunal constitucional o equivalente (Alemania, Brasil, España).

Sin embargo, hay algún caso en un sistema concentrado o mixto en el que la declaración de inconstitucional tiene efectos *inter partes*, a pesar de ser dictada por un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. Ello resulta criticable por las exigencias de la naturaleza de tal declaración. En este sentido, podemos citar a Paraguay, donde el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema declarando el carácter contrario a la Constitución de cier-

tas disposiciones “solo tendrá efecto” en relación con cada caso concreto (art. 260.1 de la carta magna paraguaya). Por esa razón se habla de declaración de inaplicabilidad, no de nulidad ni anulabilidad. También en Uruguay el fallo de la Suprema Corte de Justicia “se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado” (art. 259 de la Constitución uruguaya).

Al margen del tema del control de constitucionalidad de la ley, las acciones protectoras de derechos también suponen una importante competencia de la jurisdicción constitucional. Si estamos ante las acciones protectoras de derechos, sea en un sistema difuso o concentrado, desde el punto de vista técnico, el efecto debe limitarse a quienes hayan sido parte en el proceso.

El efecto *inter partes* refuerza el sentido subjetivo de una acción. Ello es especialmente patente en las acciones de tutela de derechos, en las cuales se protege al individuo frente a las vulneraciones o amenazas que sufre uno de sus derechos, normalmente, en su configuración tradicional, llevadas a cabo por el poder público. De todos modos, no hay que olvidar la doble dimensión de estos procesos de tutela de derechos, pues al lado de la citada vertiente subjetiva, de protección de las personas en situaciones concretas, existe una dimensión objetiva, de interpretación y defensa del ordenamiento constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez

519. EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Al dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales “impartir justicia”; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de esta. Sin embargo, la impartición o administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de “eficacia” y “eficiencia”. Así se advierte, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que *estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”. El mismo art. prevé la creación de *mecanismos alternativos de solución* de conflictos, así como la necesidad de garantizar la *plena ejecución de las resoluciones* de los tribunales. Los conceptos subrayados aluden claramente a cuestiones de eficacia y eficiencia en la justicia.

Los conceptos de “eficacia” y “eficiencia” pueden definirse de manera sencilla. “Eficacia” significa el *logro de los objetivos* para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un procedimiento. ¿Cuáles son los objetivos de la impartición de justicia? Podemos atribuirle los mismos que Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) considera que son las funciones últimas del derecho: la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder. En el caso de la impartición de justicia, tiene prioridad lógica el tratamiento de los conflictos, por ser la puerta de entrada a la función jurisdiccional. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque no siempre estos se resuelven, sino que a veces persisten y se agudizan después de un juicio. Adicionalmente, hay que considerar que no todos los asuntos que llegan a los tribunales son, estrictamente hablando,

verdaderos conflictos, sino que en ocasiones su intervención se debe a requerimientos de tipo “administrativo” o “notarial”. Por ello, es preferible hablar de que la justicia resuelve *controversias jurídicas*. Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares (“seguridad jurídica”), así como a legitimar al Estado en la medida en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de “hacer justicia” por propia mano. Un aspecto problemático de la eficacia de la impartición de justicia es el *cumplimiento* de las resoluciones judiciales, pues este tiene que enfrentar con frecuencia la natural resistencia de la parte perdedora y de su entorno inmediato, pero en ocasiones también la de grupos sociales más amplios.

Dentro del marco de la eficacia de la impartición de justicia, las sociedades contemporáneas esperan también que dicha función se realice con *eficiencia*, la cual es un concepto de origen económico que implica el mejor uso posible de los recursos. En un contexto que, por definición, es de escasez, los recursos tienen siempre usos alternativos; por tanto, serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. En relación con la impartición de justicia podremos hablar de eficiencia en tres sentidos, a los cuales denominaremos “eficiencia institucional”, “eficiencia organizacional” y “eficiencia instancial”.

Los dos primeros conceptos han sido tomados de Douglass C. North (*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1993). La impartición de justicia es eficiente desde el punto de vista de su función institucional cuando logra contribuir a la *reducción de los costos de transacción*, es decir, los costos (sobre todo de información) que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, los costos de valuación). Al proteger efectivamente los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos, los tribunales contribuyen a reducir los costos de transacción en una sociedad, esto es, facilitan o abaratan el intercambio económico, lo cual se traduce en condiciones favorables para la inversión y el crecimiento.

La *eficiencia organizacional* se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización. Una organización consiste en un conjunto de roles o funciones especializados que se interrelacionan para el logro de un objetivo común, en este caso, la producción de resoluciones judiciales. Este producto puede lograrse de manera eficiente aumentando, mediante diversas intervenciones, la capacidad de procesamiento de la organización. En primer lugar, pueden acelerarse los *procedimientos* reduciendo los plazos para su conclusión, o especializando el procedimiento mismo para que se ajuste de mejor manera al tipo de conflicto o controversia que maneja el tribunal. Esta opción incluye la posibilidad de introducir *mecanismos de solución alternativa de conflictos* dentro de la organización de un tribunal (conciliación, arbitraje). En segundo lugar, también puede aumentarse la capacidad de procesamiento modificando la *división del trabajo*, mediante la implementación de distintos modelos internos de organización o a través de la creación de funciones de gestión y administración especializadas (*court management*).

Por *eficiencia instancial* entenderemos la regulación de la *oferta y demanda* de servicios judiciales ante los tribunales. Idealmente, la justicia será eficiente si

logra un equilibrio entre la oferta y la demanda de tales servicios, para lo cual requiere operar de manera selectiva. *Selectividad* significa que, en principio, solamente sean atendidos por la justicia los asuntos aptos para su tratamiento judicial.

La selectividad tiene dos aspectos: uno *vertical* y otro *horizontal*. Desde el punto de vista vertical, la selectividad exige que en cada instancia del aparato judicial se procesen solamente aquellas controversias que lo ameriten de algún modo. Por ejemplo, sería ineficiente que todos los asuntos resueltos en una primera instancia se revisaran en apelación; sería eficiente, en cambio, que solamente se apelaran aquellos asuntos en que exista una probabilidad cierta de error. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista horizontal, la selectividad implica la existencia de alternativas o filtros externos para el procesamiento de los conflictos, como los despachos de abogados y otras instancias profesionales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) y los llamados mecanismos de estabilización sistémica, como los seguros, las fianzas y las hipotecas, que permiten prevenir y resolver los conflictos de manera institucional y con baja probabilidad de recurso al litigio judicial.

En resumen, en las sociedades contemporáneas, los ciudadanos esperan no solo que los jueces y tribunales “hagan justicia”, es decir, que dicten resoluciones que sean aceptables desde el punto de vista de los valores sociales, sino que también sean eficaces, esto es, que tengan efectos reales y eficientes, entendiendo por tales aquellas que hagan o promuevan el mejor uso posible de los recursos sociales. Solamente la justicia que satisface estas expectativas cumple también con los requisitos que dispone la Constitución.

Héctor Fix-Fierro

520. ELECCIONES

La voz “elecciones” se relaciona con el instrumento, mecanismo, vía o método civilizatorio que posibilita la designación de los titulares del poder público o la toma de decisiones. Las elecciones son herramientas de la democracia a partir de las cuales se adoptan principios, libertades, directrices, procedimientos y reglas preestablecidas, claras y conocidas por todos, de tal manera que aseguren equidad entre los participantes. Kelsen señala que una elección “es un método específico de selección de dirigentes entre la comunidad de los dirigidos” (IIDH, 2017). Las elecciones representan uno de los fenómenos políticos de más amplia difusión en los Estados modernos. En todo sistema democrático, el carácter competitivo de las elecciones constituye una *conditio sine qua non* (Dieter, Zovatto, Orozco, Thompson). Además, cimentan la certeza de que la representación política corresponde a la voluntad política del electorado expresada a través del voto; en igual medida, este derecho se convierte en un instrumento técnico-jurídico para garantizar la democracia (Nohlen).

Tanto en el ámbito constitucional como en el universal y regional, la garantía de elecciones conlleva considerar el cumplimiento de diversos principios, entre ellos, que estas se caractericen por ser *libres, auténticas, periódicas*, que se desarrollen a través del *sufragio universal e igual* y por *voto secreto u otro*

procedimiento equivalente que garantice su *libre ejercicio* (Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], art. 21.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], art. 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 13.1).

Respecto al principio de *periodicidad*, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales prevé el compromiso de las partes para la realización de elecciones en *intervalos razonables*. La Carta Democrática Interamericana incluye el término de elecciones *justas* (arts. 3 y 25). Asimismo, el Código de buenas prácticas en materia electoral establece que estas no pueden considerarse democráticas sin el *respeto de los derechos humanos*.

El adecuado desarrollo de las elecciones exige tanto *neutralidad* de las autoridades públicas como *imparcialidad e independencia* de las instituciones a quienes les está encomendada su organización o justiciaabilidad. Además, están estrechamente relacionadas con la *integridad electoral*, la cual implica un *comportamiento ético* y predica la existencia de un sistema legal que “exige una conducta honesta para todos los participantes, así como la generación de cauces legales e institucionales adecuados, precisos y transparentes, que la garanticen plenamente” (Electoral Integrity Project). Dichos principios están reconocidos en las elecciones de los Estados constitucionales del orbe como un mínimo exigible e indicativo de la calidad y madurez de todo sistema democrático.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (CCPR, por sus siglas en inglés) ha sostenido que el libre ejercicio de los derechos en las elecciones debe garantizar la participación directa de los ciudadanos en las asambleas para adoptar decisiones locales o sobre asuntos de determinada localidad (Observación general 25).

En el ámbito europeo, en su oportunidad, la entonces Comisión de Derechos Humanos determinó que la obligación de asegurar elecciones libres en intervalos razonables *requiere la presencia constante de un cuerpo legislativo*, ya que su inexistencia viola el artículo 3 del Convenio Europeo (caso *golpe de Estado de los coroneles 1967; Países Bajos y otros vs. Grecia*). Dicha jurisprudencia evolucionó hasta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció a las elecciones no como un compromiso o deber de los Estados parte sino como un derecho humano vinculado con los de votar y ser electo (TEDH, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt I*).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el contexto de las elecciones en la región, ha señalado que la intervención efectiva de personas, grupos, organizaciones, observadores y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados (caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; caso *López Mendoza vs. Venezuela*; caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*). Por ello, el derecho a ser elegido debe asegurarse y permitir, en igualdad de circunstancias, la participación y la representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias. Para lograrlo, la Corte IDH reitera que los Estados pueden establecer estándares mínimos para regularlas, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa (caso *Yatama vs. Nicaragua*).

Las elecciones generalmente se relacionan con la renovación periódica de los poderes públicos a través del voto popular; sin embargo, dicho término

también está vinculado a la toma de decisiones de especial trascendencia para la sociedad. En este sentido, se enlazan con los instrumentos de democracia directa (arts. 21 DUDH; 23 CADH, y 25 PIDCP), por ejemplo, entre otros, el *plebiscito*, el *referéndum*, la *consulta popular*, el *presupuesto participativo* y la *iniciativa ciudadana*. En su realización, todos los Estados están obligados a aplicar el principio de *no discriminación* y de *no imposición de restricciones excesivas* en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos (CCPR, Observación general 25).

Asimismo, las elecciones también implican el compromiso, por parte de los Estados, de desarrollar estrategias con visión intercultural encaminadas al reconocimiento y garantía a los pueblos o comunidades indígenas, de su autonomía, autodeterminación, sus instituciones y procedimientos para seleccionar a sus gobernantes en el marco de sus sistemas normativos, usos, costumbres, prácticas tradicionales o ancestrales (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Lo anterior también conlleva el correlativo deber de los Estados de no obstaculizar o impedir, en igualdad de condiciones, a través de medidas discriminatorias, el desarrollo político de los grupos o comunidades indígenas o tribales (Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*).

De igual forma, los Estados deben garantizar el desarrollo de elecciones a partir de la *inclusión* de grupos minoritarios y de aquellos históricamente discriminados con base en la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral, estructural o de cualquiera otra índole, encaminadas a eliminar distinciones y propiciar su plena integración.

Luis Espíndola Morales

521. ELECCIONES (CALIFICACIÓN DE LAS)

La *calificación*, desde el punto de vista estrictamente gramatical, se refiere a la acción y efecto de apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa.

De acuerdo con la tradición francesa, se ha denominado a la calificación de las elecciones también como *verificación de poderes* o *certificación de actas*, lo que consiste en la facultad de resolver sobre la legalidad y validez de cada una de las etapas de una elección, así como de sus resultados. Como es posible deducir, la calificación de las elecciones presupone la existencia de un régimen político construido sobre el postulado democrático, lo cual, a su vez, implica que la renovación periódica de los integrantes de los poderes públicos será a través de elecciones libres, periódicas y auténticas, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo o indirecto.

Por tanto, la calificación de las elecciones constituye el acto jurídico a través del cual la autoridad determina si en las etapas de una contienda electoral se respetaron los principios constitucionales y legales que deben imperar en una elección democrática o si, por el contrario, se cometieron irregularidades que afectaron los bienes jurídicos y valores que las rigen, mismas que en caso de resultar determinantes afectan su validez.

Cualquier elección dentro de un Estado constitucional de derecho debe efectuarse siguiendo diferentes principios y reglas. Pronunciarse en torno a ellos implica analizar y declarar si los actos que en su conjunto rodearon a la elección y sus resultados, se ajustaron a aquellos. Dentro de los requisitos más comunes que deben respetarse se encuentran: los de elecciones libres, auténticas,

ticas y periódicas; el sufragio universal y secreto; la equidad en la contienda, entre otros.

Tales directrices son el mínimo de condiciones que deben imperar en una elección que tiende a cumplir con el principio fundamental de que los poderes públicos se renueven a través del sufragio universal y libre, en donde la legitimidad de los que integran los poderes públicos derive de la propia voluntad ciudadana expresada en las urnas. Una contienda sin estas condiciones genera que se pongan en duda la credibilidad y la legitimidad de los comicios, de suerte que los resultados alcanzados no puedan considerarse aptos para renovar los cargos de elección popular.

Tales condiciones de validez se desprenden de los arts. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XX y XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando esencialmente coinciden en señalar que los ciudadanos deben gozar de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal y secreto, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, especialmente en los cuerpos legislativos.

La *calificación de las elecciones* tiene que ver, precisamente, con la facultad de constatar que tales procedimientos se ajustan a las condiciones y requisitos para los cuales fueron creados según las convicciones que nutren a un régimen democrático, como son, entre otras, que las elecciones sean libres y competitivas, así como que la representación política se configura a partir de que los electos pueden ocupar esos cargos, así como que cuentan, efectiva, válida y legítimamente, con el respaldo mayoritario en una contienda electoral equitativa. Esto es, en donde las distintas opciones políticas tienen, sin simulaciones, una verdadera posibilidad de acceder al poder público.

I. SISTEMAS DE CALIFICACIÓN DE LAS ELECCIONES. Pueden distinguirse sistemas de autocalificación, heterocalificación, mixto y jurisdiccional.

La autocalificación se confiere esencialmente a los colegios electorales de los órganos legislativos para calificar la elección de sus integrantes con plena autonomía de los otros poderes públicos, pues se construye sobre los principios de autonomía y separación de poderes, siendo su nota esencial que se trata de un proceso político y no jurídico.

Con relación a la heterocalificación, dicha facultad se deposita en un órgano ajeno al poder público correspondiente, que puede ser un órgano de carácter administrativo-electoral o un tribunal.

Respecto al sistema mixto, combina el ejercicio consecutivo de esa función, ya que la resolución de un tribunal sobre la calificación de una elección podría ser modificada posteriormente por el respectivo órgano legislativo, con lo cual se advierte el predominio del órgano político sobre la decisión jurisdiccional.

Por su parte, el sistema jurisdiccional se construye sobre la supremacía de los principios de constitucionalidad y legalidad, de suerte que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales pueden ser impugnados, incluyendo, desde luego, los relativos a la *calificación de las elecciones*.

Otro modo de clasificar los sistemas de calificación de las elecciones, que tiene evidentes puntos de contacto con la anteriormente explicada, identifica la de carácter no contencioso. Es decir, que puede ejercerse de oficio por la autoridad competente sin que medie juicio o recurso alguno, y la de carácter contencioso, que implica la existencia de una resolución que recae ante la presentación de un medio de impugnación por presuntas irregularidades en la elección respectiva.

La calificación contenciosa puede, a su vez, dividirse en contenciosa política y contenciosa jurisdiccional.

Contenciosa política, de manera similar a la autocalificación, se edifica a partir del principio de “división de poderes”, manteniendo la independencia y autonomía de cada poder público frente a los otros. Busca evitar que el Judicial, a quien le corresponde resolver los litigios que se le planteen con exclusiva sujeción a la técnica jurídica, se contamine de las luchas político-partidistas. Por consiguiente, en esta modalidad cada poder público conoce de la elección de sus miembros.

La de carácter contencioso jurisdiccional se construye sobre la base de que la acción de juzgar, en este caso, sobre la calificación de las elecciones materialmente tiene una naturaleza jurisdiccional que necesariamente debe corresponder a un órgano de ese tipo. Ello porque, al evitar que el poder respectivo se convierta en juez y parte, es posible garantizar la autenticidad y regularidad de las elecciones y sus resultados. También evita que la mayoría predeterminada resuelva la calificación de las elecciones, obedeciendo a intereses político-partidistas, subyugando consideraciones de tipo jurídico.

La calificación contenciosa jurisdiccional es factible diferenciarla según el tipo de tribunal en que se deposita, a saber: la jurisdicción ordinaria; la jurisdicción especializada; la jurisdicción constitucional; o una mixta de las anteriores. En este ámbito es posible diferenciar, a su vez, si la materia electoral es atribuida a órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial o a tribunales autónomos, pues este último diseño institucional pretende salvaguardar al Poder Judicial de las presiones partidistas.

II. BREVE PANORAMA DE LOS SISTEMAS DE CALIFICACIÓN EN AMÉRICA, EUROPA Y OCEANÍA. Una revisión comparada permite advertir el siguiente panorama:

Alemania encarga esa función en la *Bundestag* (Cámara del Parlamento). España la deposita en las juntas electorales. Francia encomienda esa función a su Consejo Constitucional. Italia hace recaer esa facultad en las respectivas cámaras legislativas. Reino Unido la deposita en una comisión cuyos miembros son designados por la reina.

Argentina encomienda la calificación de la elección del Ejecutivo en una Junta Nacional Electoral, mientras que lo relativo a las elecciones de legisladores corresponde a las cámaras legislativas federales. Brasil y Ecuador tienen un sistema de calificación inicialmente depositado en la autoridad que organiza las elecciones, cuya decisión puede ser revisada por un tribunal en la materia. Chile y Uruguay depositan la facultad de calificar las elecciones directamente en un órgano jurisdiccional. Colombia y Venezuela la hacen recaer en un órgano cuya naturaleza no es esencialmente jurisdiccional. Costa Rica encomienda la organización y calificación de sus elecciones al Tribunal Supremo de Elecciones. Estados Unidos presenta un sistema mixto de calificación político-jurisdiccional de las elecciones federales para la integración de las cámaras

de Representantes y de Senadores, así como para los cargos de presidente y vicepresidente. Cada una de las cámaras (de Representantes y de Senadores) será el juez de las elecciones, designaciones y calificaciones de sus miembros.

Un caso extraordinario es Australia, cuyo Poder Ejecutivo es encabezado por el Reino Unido, quien designa a un gobernador general para que la represente en las tareas de gobierno, mientras que las elecciones son supervisadas por un órgano de carácter administrativo.

Finalmente, México presenta un sistema de calificación que puede ser calificado *sui generis* respecto de su elección presidencial. Esta se deposita directamente en la máxima autoridad jurisdiccional electoral del país, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho Tribunal primero resuelve las impugnaciones enderezadas contra la referida elección que es organizada por el Instituto Federal Electoral. Posteriormente, ese órgano judicial realiza el cómputo final de la elección. A continuación, y en su caso, emite la declaración de validez de la elección (si se cumplen las formalidades del proceso comicial), y de ser procedente, y para terminar, emite la declaración de presidente electo (una vez analizado si el candidato que obtuvo el mayor número de votos es elegible).

María del Carmen Alanís Figueroa

522. ELECCIONES (DECLARACIÓN DE VALIDEZ)

La calificación y declaración de validez de las elecciones en México se ha realizado por medio de dos modelos, en un inicio el *político* a través de un colegio electoral, y los que se encuentran vigentes el *administrativo* y *jurisdiccional* realizado por el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral, según la elección de que se trate, federal o estatal, como se explica a continuación.

Antecedentes. La historia constitucional mexicana enseña que la calificación de las elecciones y la entrega de las constancias de acreditación eran realizadas por los propios miembros que integraban los órganos de elección popular.

La Constitución de 1917 optó por continuar con esa tradición del siglo XIX, al consagrar que cada Cámara del Congreso de la Unión (diputados y senadores) debía calificar las elecciones de sus miembros a través del colegio electoral respectivo, reconociendo de este modo el sistema de autocalificación electoral.

El colegio electoral de la Cámara de Diputados, conformado para este efecto, también calificaba la elección de presidente de la República, dando lugar al sistema de heterocalificación electoral.

Ese diseño constitucional perduró aproximadamente 77 años. El decreto de reforma al art. 60 de la Constitución, publicado en el *DOF* el 3 de septiembre de 1993, marcó la tendencia de desaparecer ese sistema de tipo político.

La reforma eliminó la base constitucional de los colegios electorales de las cámaras de Diputados y Senadores para calificar las elecciones de sus miembros y trasladó esta atribución a los consejos del Instituto Federal Electoral, pero dejó subsistente el entonces contenido del art. 74, frac. I, de la Constitución, el cual otorgaba facultad a la Cámara de Diputados para erigirse en colegio electoral a fin de calificar la elección presidencial, por lo que al amparo de esta disposición, en 1994 aún se constituyó para ese objeto.

El decreto de reformas a la Constitución, publicado en el *DOF* el 22 de agosto de 1996, puso fin a ese sistema de calificación de las elecciones, dando lugar a uno nuevo, que es el que rige actualmente.

Fundamento. El desarrollo del proceso electoral federal transcurre en diversas etapas, a saber: 1. La de preparación de la elección; 2. La de jornada electoral; 3. La de resultados y declaración de validez de las elecciones, y 4. La de dictamen y declaración de validez de la elección y de presidente electo.

El fundamento orgánico, sustantivo y procesal del sistema actual de declaración de validez de las elecciones federales se sustenta en los arts. 41, base V, párrafo noveno; 54, 56, 60, y 99, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 12 al 18, 109, 118, inciso q), 210, 293 a 312, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; 49 al 70, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; y 186, 187, 189, 195, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en la jurisprudencia electoral.

Declaración de validez de la elección. El proceso electoral federal comprende la elección del titular del Poder Ejecutivo, de diputados y senadores al Congreso de la Unión; en todos los casos las elecciones son objeto de declaración de validez, atribución que se encuentra encomendada tanto a un órgano administrativo (Instituto Federal Electoral) o jurisdiccional (Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), según la elección que corresponda.

La declaración de validez de la elección es un acto formal de la autoridad electoral, una vez concluido el cómputo distrital, calificada la elección como legal y constatado, los requisitos de elegibilidad del candidato que obtuvo la mayoría de votos. Se concreta con la entrega de la constancia respectiva.

La etapa de resultados y declaración de validez de la elección inicia con el envío de la documentación y expedientes electorales a los consejos distritales, y concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los consejos del Instituto Federal Electoral. El cómputo distrital atiende ordinariamente el procedimiento siguiente: 1. Se abren los paquetes electorales de la elección que no tengan muestras de alteración; 2. Si los resultados de las actas no coinciden o muestran alteraciones evidentes y no existiera acta alguna de escrutinio y cómputo, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo, o bien el recuento de votos en la totalidad de las casillas si existiera una diferencia entre el primer y segundo lugar igual o menor a un punto porcentual, levantándose el acta circunstanciada conducente; 3. Se suman los votos emitidos a favor de partidos políticos y coaliciones; 4. Se verifica el cumplimiento de los requisitos formales de la elección y de elegibilidad de los candidatos de la fórmula con mayor votación, y 5. Se emite y expide la constancia de mayoría y validez a favor de la fórmula ganadora, salvo que los integrantes de esta fueran inelegibles. Así culmina esta etapa.

Dictamen y declaración de validez de la elección presidencial. A la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le corresponde emitir exclusivamente el dictamen y la declaración de validez de la elección y de presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resuelto el último de los juicios de inconformidad o cuando se tenga constancia de que no se presentó alguno y hecha la sumatoria final de la elección. Esta instancia, en su caso, puede declarar la nulidad de la elección.

En este tipo de elección la etapa concluye al aprobar la Sala Superior el documento que contiene una perspectiva de conjunto, en principio, las situaciones de hecho y de derecho relacionados con lo siguiente: 1. La etapa preparatoria de la elección; 2. La jornada electoral; 3. Los resultados preliminares y de los cómputos distritales, así como resoluciones de juicios de inconformidad, y 4. El dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo; este último se sostiene en el cómputo final de la elección y en el candidato que obtuvo más votos, la validación de la elección al desestimarse la pretensión de invalidez y en la elegibilidad del candidato que obtuvo más sufragios.

Esa declaración se notifica al candidato ganador; a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por conducto del presidente de la mesa directiva, a fin de que expida y publique el bando solemne para dar a conocer a toda la República a la persona que ha sido declarado presidente electo; al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; al Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como su publicación en diversos medios electrónicos y en el *DOF*.

La declaración de validez de la elección presidencial, así como la emisión del dictamen, en estricto sentido, no es una determinación judicial ni puede considerarse como jurisdiccional, debido a que no dirime un litigio o pretensiones contradictorias; es un acto o resolución que se materializa en un momento posterior a la decisión de los juicios de inconformidad, cuyas sentencias pueden confirmar y modificar el resultado del cómputo distrital y dar lugar a una recomposición de votos.

El dictamen y la declaración, por sí solos, no se pueden considerar formalmente como jurisdiccionales, porque no son el resultado concatenado de un litigio o proceso judicial, aunque materialmente sí lo es, al encontrarse emitidos por un órgano judicial, al margen de que lo hace un órgano máximo especializado en la materia.

Al ejercer esa atribución, la Sala Superior deberá sesionar con la presencia de por lo menos seis de sus siete integrantes, a más tardar el seis de septiembre del año de la elección.

El sistema introducido en 1996 ha permitido a la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobar por unanimidad de votos el cómputo definitivo, declarar la validez de la elección y emitir el dictamen correspondiente de la elección presidencial de los años 2000, 2006 y 2013, en las fechas 2 de agosto, 5 de septiembre y 31 de agosto, respectivamente, de esos años.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa. A los consejos distritales del Instituto Federal Electoral les corresponde realizar los cómputos distritales de la elección de diputados por el principio de mayoría relativa conforme al procedimiento antes aludido, declarar la elegibilidad de los candidatos de la fórmula que hubiera obtenido la mayoría de votos y emitir la declaración de validez de la elección; agotada esta fase, el presidente del consejo distrital expide la constancia de mayoría y validez, debiendo remitir copia certificada de la constancia respectiva a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, los consejos locales del Instituto, hecho el cómputo de entidad federativa correspondiente a la elección de senadores por el principio

de mayoría relativa y de la fórmula registrada en primer lugar por el partido político que por sí mismo hubiera logrado obtener el segundo lugar en la votación, además, cumplan con los requisitos de elegibilidad, procederán a declarar la validez de la elección, así como entregar las constancias de mayoría y validez a las fórmulas que hubieran obtenido el triunfo; en el caso también se deberá enviar copia certificada de la constancia conducente a la Oficialía Mayor de la Cámara de Senadores.

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional. El Consejo General del Instituto Federal Electoral, en ejercicio de sus atribuciones, determina el cómputo total de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional, declara válida la elección de diputados electos bajo ese principio en las cinco circunscripciones plurinominales en que se encuentra dividido el territorio mexicano y el de senadores electos con base en la circunscripción plurinominal nacional, acto seguido, procede a asignar a los partidos políticos los diputados y senadores que constitucional y legalmente les corresponde. El presidente del Consejo expide a cada partido político las constancias de asignación proporcional, de lo que informará a la Oficialía Mayor de las cámaras de Diputados y Senadores, respectivamente.

Impugnación. Las determinaciones de los consejos distritales y locales del Instituto Federal Electoral relacionados con el cómputo definitivo, la elegibilidad de la fórmula ganadora, la declaración de validez de la elección y la entrega de la constancia respectiva de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa son impugnables ante las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las sentencias que estas emitan podrán ser revisadas solo por la Sala Superior vía recurso de reconsideración; además, las asignaciones de representación proporcional hechas por el Consejo General de ese Instituto se podrán impugnar ante la Sala citada, instancia que resolverá en única instancia.

El sistema federal de declaración de validez de las elecciones se encuentra armonizado con las legislaciones estatales relacionadas con las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, lo que fortalece de modo integral el avance democrático en México.

Valeriano Pérez Maldonado

523. EMPODERAMIENTO

Las primeras acepciones en torno al empoderamiento hacen su aparición en lengua inglesa en textos datados del siglo XVII. En ellas, *empowerment* es sinónimo de capacidad e impulso (León, 2001). Más recientemente, la década de los sesenta fue la base para la reflexión y acción de un movimiento social importante llevado a cabo en Estados Unidos de América. Las reivindicaciones y los análisis teóricos desarrollados en torno al movimiento *Black Power* o *Black Empowerment*, a la vez que precursores, son indispensables para llevar a cabo cualquier reflexión crítica en torno al poder y al cambio en las estructuras sociales.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres, relaciona los primeros usos del término *empowerment* a las investigaciones de Mujeres en Desarrollo (*women in development*). Su procedencia, concretamente, se sitúa en el texto que Sen y Grown prepararon para la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer,

celebrada en Nairobi en 1985. Dicho escrito se publicó en 1987 y se tradujo al español como *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de la mujer en el tercer mundo*. En el citado contexto, el concepto se determinó como estrategia impulsada por las mujeres del Sur.

El concepto siguió su andadura en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing. En dicha ocasión, por primera vez, se relacionó el impulso de las mujeres con la construcción social, sin condiciones y sin poner en tela de juicio sus capacidades. De este modo se reforzó la participación social de las mujeres. De esta cita en adelante, el concepto de empoderamiento, o *empowerment*, junto con el de transversalidad o *mainstreaming* fueron dos estrategias esenciales recomendadas a los gobiernos para el trabajo que tiene como objetivo la igualdad entre mujeres y hombres.

Si entre los diferentes autores se difunde el uso de término después de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995), en lo que se refiere a los movimientos feministas, este empieza a emplearse paulatinamente en la década de los sesenta. Las autoras Maxine Molyneux, Carolyn Moser eta Kate Young, entre otras, trabajaron en torno al empoderamiento haciendo una diferenciación entre intereses y necesidades prácticas y estratégicas. De esta manera, señalan que los diferentes tipos de necesidades que tienen las mujeres están relacionadas directamente con el estatus que ocupan en la sociedad (Rowlands, 1997). Las necesidades prácticas suelen ser inmediatas y urgentes, y hacen referencia a las necesidades materiales y primarias; en la mayoría de las veces están relacionadas con la supervivencia. Las necesidades estratégicas, en cambio, son respondidas a largo plazo y posibilitan cambios indispensables en las relaciones de poder entre mujeres y hombres (León, 2001). Las necesidades prácticas las sufren algunas mujeres; las estratégicas, en cambio, todas las mujeres. La diferenciación entre ambas no siempre es evidente, dado que muchas de las veces podemos responder a las condiciones estratégicas de las mujeres una vez dando respuesta a las necesidades prácticas. De tal manera, trabajar en solucionar las estratégicas necesariamente toma en cuenta a las prácticas (León, 2001).

Desde el punto de vista analítico, existen al menos dos dimensiones diferentes de empoderamiento: el individual y el colectivo.

El empoderamiento individual o personal se puede definir de la siguiente manera: es un proceso personal en el cual cada mujer desarrolla instrumentos que la refuerzan y le brindan la posibilidad de defenderse y hacer frente a la opresión dejando de estar sometida (Lagarde, 2000). Se abre la posibilidad de que haga cosas por sí sola (León, 2001), y más aún, que sea capaz de deshacerse las consecuencias de la opresión sufrida (Rowlands, 2005), al mismo tiempo que desarrolla la confianza en sí misma. Muchas de las veces, las actividades que posibilitan el empoderamiento de las mujeres, aquellas que son impulsadas por diferentes instituciones, se desarrollan en términos individuales, identificando y poniendo el valor la autoconfianza personal antes que la cooperación, la cual pone en duda las estructuras de poder que oprimen a las mujeres (Oxaal y Baden, 1997).

Por otro lado, el empoderamiento colectivo se lleva a cabo cuando las personas consiguen de manera conjunta más efectividad de lo que lograrían de manera individual (Rowlands, 2005). Hay quien hace referencia a la idea de que en confianza y en alianza se hace frente al orden social antiguo y a la

capacidad colectiva de construir la cotidianidad mediante modos de convivencia social, económica, política y cultural (Lagarde, 2000).

Los puntos de vista que se limitan al empoderamiento individual han recibido muchas críticas. Estos no reconocen la relación entre las estructuras de poder y las prácticas en la cotidianidad del colectivo y el individuo. Además, desconecta a las personas del contexto sociopolítico e histórico, de la solidaridad que presenta el empoderamiento, alejándose del significado de preocuparse por el prójimo (León, 2001).

Mientras que algunos autores defienden que el empoderamiento solamente puede darse a nivel individual, otros autores sostienen que es un primer paso esencial para lograr el empoderamiento colectivo, a pesar de que limitar el empoderamiento a ese ámbito no es suficiente (Rowlands, 2005). En general, si no se lleva a cabo el empoderamiento en un contexto donde haya ilusión, y si el proceso político no está relacionado con acciones colectivas, es muy difícil que tenga éxito, puesto que no se puede limitar el empoderamiento a sus acciones y olvidarnos del contexto histórico y político donde se quiere implementar. El empoderamiento incluye el cambio y las acciones colectivas (León, 2001).

Maidier Zilbeti Pérez

524. ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y ENVEJECIMIENTO

El tema es relativamente reciente en el amplio abanico de disciplinas y perspectivas que se han interesado en el fenómeno del envejecimiento.

Tradicionalmente, la concepción predominante ha sido la construcción de la vejez como una etapa de carencias y vulnerabilidades. El enfoque de derechos humanos no ignora estas realidades, pero va más allá de las mismas, eliminando las asociaciones forzosas entre vejez-carencias, vejez-vulnerabilidades, vejez-dependencia y vejez-enfermedad.

El enfoque de derechos conlleva un cambio paradigmático, pues promueve el empoderamiento de las personas mayores como sujetos de derecho, que disfrutan de garantías y tienen responsabilidades.

La perspectiva de derechos humanos integra también las múltiples vejezes, dado que la experiencia de envejecer y de ser persona mayor varía según la clase social o ingreso, el género, el grupo étnico de pertenencia, el tipo de localidad (rural/urbana), o la región, independientemente de otras características que condicionan la vejez, como la salud física y psicológica, las redes y los medioambientes — físicos o sociales — más o menos favorables que, por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia.

La multiplicidad de vejezes trae aparejada la conciliación de principios, por ejemplo, los de autonomía y de protección. Tan importante es la autonomía de la persona mayor en el ejercicio de sus derechos como la protección de las personas mayores, en especial de las más vulnerables.

Dicho de otro modo, ser persona mayor no equivale a ser vulnerable o frágil, pero dentro del grupo de las personas mayores existen las que son vulnerables y/o frágiles, condición que las hace sujetos susceptibles de especial protección.

En este tenor, es preciso completar la protección jurídica hacia las personas mayores, sobre todo hacia aquellas que por obvias razones constituyen

grupos denominados “frágiles”, en el sentido de que son más vulnerables y pueden ejercer con menor facilidad, por diferentes razones, acciones de auto-defensa de sus intereses o derechos lesionados.

El enfoque de derechos humanos implica que el derecho internacional sea el marco conceptual aceptado y capaz de obtener un sistema coherente de principios y reglas que guíen la doctrina y la jurisprudencia, así como las políticas públicas, tanto en el diseño como en la implementación y evaluación de las mismas. La supremacía del derecho internacional está relacionada con —o es impulsada por— el movimiento transnacional, que en los últimos años apoya consistentemente —desde los organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, así como desde sectores académicos y asociaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil y, principalmente, desde el orden jurisdiccional— la justiciabilidad de los derechos humanos.

Aida Díaz-Tendero

525. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Definición. Al igual que los actos de soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito es uno de los actos de corrupción expresamente tipificado en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).

De conformidad con el artículo VII de este Convenio, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben adoptar las medidas para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, entendido como “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Por su parte, el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) prevé esta obligación en los mismos términos.

Ante la dificultad de probar los delitos de corrupción de funcionarios públicos, se ha recurrido a la creación del delito de enriquecimiento ilícito, que se configura cuando se demuestra un incremento significativo de los ingresos de un funcionario público respecto a sus ingresos legítimos, sin que este incremento pueda ser razonablemente justificado por él.

Al igual que ocurre con los demás delitos de corrupción, la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito busca proteger la integridad de la Administración pública y su correcto y normal funcionamiento como un bien jurídico esencial para la existencia y buen funcionamiento del Estado (Ugaz Sánchez-Moreno, José y Ugaz Heudebert, Francisco, *Delitos económicos, contra la Administración pública y criminalidad organizada*, 2017, p. 130).

Este delito puede ser calificado como subsidiario, ya que solo será imputado ante la ausencia de prueba de la comisión de los delitos que han generado ese incremento de patrimonio (*ibidem*, p. 129), lo que ha provocado no poca controversia dogmática a su alrededor.

Debate doctrinal. El delito de enriquecimiento ilícito es el único caso en la legislación penal occidental en el que se discute la posibilidad de invertir la carga de la prueba. Atendiendo a diversas garantías del derecho penal, quien debe probar la existencia de un delito y la responsabilidad de su autor es el ministerio público, en cuanto titular de la acción penal.

En el caso del referido delito, se establece, por el contrario, que corresponde al funcionario público justificar el incremento significativo de su patrimo-

nio, debiendo probar que este se produjo de manera lícita y que, por tanto, su mayor fortuna no proviene de la comisión de delito alguno.

Desde diversos sectores de la doctrina penal se ha sostenido que la descripción típica del delito de enriquecimiento ilícito establece una presunción de comisión del delito, lo que resulta contrario a un principio tan esencial de un sistema penal garantista como el de la presunción de inocencia. Por otra parte, hay quienes sostienen que el deber impuesto de explicar el origen del patrimonio del agente público vulneraría otro derecho fundamental, como es el derecho a guardar silencio o a la no autoincriminación; sin embargo, numerosos autores niegan esta tesis.

En ese sentido, Carlos Creus, penalista argentino —entre otros— considera que “la acción [sancionada] no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento” (Creus, Carlos, 1996, t. II, p. 325). Dicho deber se fundamenta en la obligación legal que tienen los funcionarios, en la mayoría de los Estados, de presentar sus declaraciones juradas de patrimonio cuando inician y finalizan el ejercicio de la función pública.

Estas controversias sobre la conformidad del delito de enriquecimiento ilícito a los derechos humanos y a los principios que inspiran el proceso penal fueron igualmente objeto de debate entre las representaciones de los Estados, en los años noventa, en el marco de las discusiones sobre la futura CICC, contando con la particular objeción de Estados Unidos y Canadá. Como respuesta a la necesidad de incrementar la eficiencia en la lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos fue finalmente consagrado, primero, por la CICC, y luego, en la UNCAC, e incorporado progresivamente en las legislaciones penales de América Latina, al igual que en otras partes del mundo.

No obstante, el artículo VII de la CICC (y 20 de la UNCAC) establece un límite. En efecto, la disposición señala que el delito de enriquecimiento ilícito será integrado en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico” (*El delito de enriquecimiento jurídico ilícito de funcionarios*, p. 197). El autor considera que las objeciones, especialmente de Estados Unidos y Canadá, condujeron que se impusiera este límite a las obligaciones fijadas por la CICC. Además, “Ambos países han ratificado la Convención con declaraciones expresas en el sentido de que no incorporarán a su ordenamiento interno un delito que conculca la presunción de inocencia”.

Pese a dicha salvedad, gran parte de los países latinoamericanos han procedido a incorporar el delito en sus sistemas penales. Al respecto, es necesario señalar que ni la Convención de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Corrupción (1997) ni la Convención del Consejo de Europa sobre Derecho Penal en Materia de Corrupción (1999) contienen un tipo penal semejante.

José Ugaz

526. ENTRADA EN VIGOR

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la locución “vigor” (del latín *vigor*, *-ōris*) significa, para los efectos que aquí importan, “viveza o eficacia de

las acciones en la ejecución de las cosas”, o bien, “fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas”. Por su parte, la locución «entrada» hace referencia a la “acción de entrar” y, a su vez, la locución “entrar” (del latín *intrāre*) significa “empezar o tener principio”, “formar parte de la composición de ciertas cosas”, o bien, “dar principio a la acción de algo”, por lo que hablar de la *entrada en vigor* de cualquier norma jurídica significa apelar al *principio a partir del cual una norma comienza a formar parte del orden jurídico adquiriendo fuerza para obligar a sus destinatarios y produciendo los efectos jurídicos a los que está llamada*.

Por lo que hace al derecho procesal constitucional —concretamente desde el punto de vista del juicio de amparo—, toma especial importancia este concepto debido a que, por regla general, cuando se promueve un amparo en contra de normas jurídicas autoaplicativas, es decir, normas que por su sola *entrada en vigor* comienzan a generar afectaciones a los derechos de los particulares aun sin existir actos de aplicación de las mismas, será la fecha de *entrada en vigor* el momento en que comience a computar el plazo para su impugnación.

Así, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de México ha establecido que “el juicio... contra una ley autoaplicativa puede interponerse... dentro de los treinta días hábiles contados desde que entra en vigor [por lo que] el cómputo del plazo señalado inicia desde el día de su vigencia a las cero horas, porque resultaría incongruente que si la ley de esta naturaleza causa un perjuicio desde la misma fecha en que su observancia es obligatoria, el plazo para promover el juicio empezara a contar hasta el día siguiente...” (Tesis: 2a./J. 26/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, p. 461).

Criterio diverso debe aplicarse en tratándose de la impugnación de normas generales vía acción de inconstitucionalidad, toda vez que, por regla general, la también denominada acción abstracta de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo que establezca la norma procesal correspondiente, computando dicho plazo a partir de la fecha de publicación de la norma objeto de impugnación. Lo anterior es así debido a que en la acción abstracta, a diferencia de lo que acontece en el amparo, no resulta trascendente que la norma impugnada produzca ya los efectos jurídicos a los que está llamada, afectando derechos de los particulares, sino que lo que importa es que la norma ya haya sido promulgada de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica, es decir, con las normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

527. ENUNCIADOS DE LOS PRECEDENTES

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure expone en su *Curso de lingüística general* (1916) el concepto de “signo lingüístico”, constituido por dos elementos: el significante y el significado.

El significante corresponde al elemento empíricamente perceptible (grafema o fonema) que se lee o escucha. En general, y sin entrar en detalles técnicos, se puede decir que el significado corresponde al sentido que tiene el significante en una lengua determinada. La relación entre un significante y su significado no es necesaria, sino contingente, de lo cual da cuenta la multipli-

cidad de significantes que pueden expresar el mismo significado. Por ejemplo: “casa”, *house* (inglés) y *maison* (francés), son significantes diferentes que expresan el mismo significado.

De la misma manera que sucede con las letras (que aisladamente consideradas carecen de significado pero que al organizarse en significantes producen significados), los signos lingüísticos pueden organizarse en estructuras a una escala superior que producen nuevas unidades de significado. Al conjunto de significantes dispuestos secuencialmente conforme a las reglas sintácticas de una lengua determinada se les denota con la expresión “enunciado” y juegan un papel equivalente al significante de las palabras, en tanto que son empíricamente perceptibles. Al igual que ocurre con la dicotomía “significante-significado” a nivel de las palabras, los enunciados tienen un elemento de significación que es denotado por la expresión “proposición”. Una diferencia importante entre ambas dicotomías es que mientras los elementos constitutivos de los significantes (las letras) carecen de significado, los significantes, elementos constitutivos de los enunciados, sí poseen un significado que en algún sentido determina el significado o significados del enunciado en cuestión, es decir, a la o las proposiciones a él asociadas.

Como es ampliamente conocido, algunas palabras son polisémicas, es decir, tienen más de un significado. Por ejemplo, en el discurso jurídico, el significante “acción” puede tener como significados: *a*) el primer acto procesal por virtud del cual se inicia un proceso jurisdiccional (derecho procesal) o *b*) clase de título valor (derecho mercantil).

A pesar de que no exista una expresión equivalente a “sinonimia” a nivel de los enunciados, estos presentan la misma propiedad que las palabras en el sentido de que un mismo enunciado puede tener asociadas varias proposiciones. Por ejemplo, el enunciado: “Juan fue detenido con un ladrillo” puede significar: 1. A Juan se le propinó un ladrillazo; 2. A Juan (trabajador de la construcción) se le impidió seguir su camino cuando portaba un ladrillo (material de construcción), y 3. A Juan se le aprendió cuando llevaba un paquete de droga (significado que tiene “ladrillo” en el argot del crimen organizado). Como se puede observar, las propiedades semánticas de las palabras determinan el significado de las proposiciones. En el ejemplo anterior, tanto la polisemia de “ladrillo” como la de “detener” juegan un papel importante en las distintas proposiciones asociadas al mismo enunciado.

De igual manera que sucede con la dimensión multinivel que va de significantes a enunciados y de significados a proposiciones, los enunciados pueden organizarse en estructuras de nivel superior y constituir sistemas de enunciados. Por ejemplo, una novela es un sistema de enunciados con identidad propia. “Harry Potter” y “El Señor de los Anillos” son totalmente independientes, al igual que lo son el código civil y el código penal.

La dicotomía “empíricamente perceptible-significación” se repite en este nivel y es así que el mismo cuento de Harry Potter puede encontrarse traducido en diferentes idiomas. El elemento empírico puede ser denotado por la palabra “texto”, mientras que el de significación con “discurso”.

Con base en lo anterior es posible definir la expresión “argumentación” como un sistema de enunciados cuya propiedad distintiva respecto de otros sistemas de enunciados es que las proposiciones asociadas a los mismos juegan el papel de premisas de las que se sigue una conclusión.

También en este nivel se repite la dicotomía “empíricamente perceptible-significación”, como se pone de manifiesto cuando una sentencia judicial es traducida en diferentes idiomas. En este caso, el elemento empírico es denotado con la expresión “argumentación”, mientras que el de significación con el término “argumento”.

No todos los argumentos dentro del dominio jurisdiccional cumplen la misma función institucional. Si bien es cierto que toda decisión jurisdiccional resuelve un conflicto jurídico, algunas decisiones y los argumentos por los que se justifican tienen efectos más allá de la resolución del caso concreto y son vinculantes para otros órganos de impartición de justicia. Normalmente son emitidas por órganos de la más alta jerarquía, facultados para producir este tipo de argumentos. Llamaremos a estos “argumentos institucionalmente vinculantes”, los cuales están presentes tanto en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como en el sistema anglosajón, con matices funcionales importantes. Mientras en el sistema romano-germánico el razonamiento parte de la interpretación de las normas para la resolución de un caso y, por tanto, para la producción de argumentos institucionalmente vinculantes, en el sistema anglosajón, el razonamiento parte de los hechos y busca fundamentar sus decisiones en argumentos institucionalmente vinculantes previamente emitidos. A pesar de sus aparentes diferencias, ambos sistemas toman en cuenta dos tipos de elementos para fundar sus decisiones, pero atribuyéndoles pesos distintos como soportes de fundamentación. En el sistema romano-germánico se acentúa el peso de la ley, sus argumentos institucionalmente vinculantes, contenidos en la jurisprudencia, tienen un papel relativamente secundario en tanto son interpretación de la legislación. En el sistema anglosajón, el peso de fundamentación principal se encuentra en sus argumentos institucionalmente vinculantes denominados “precedentes”, y el derecho estatutario, equivalente a la legislación, tiene una importancia menor.

Con respecto a la dinámica de ambos sistemas, mientras el primero está condicionado a los cambios en la legislación, el segundo implica la adaptación de precedentes a casos nuevos o, en su caso, justificar las razones por las cuales en un caso específico existen hechos relevantes que hacen inaplicable un precedente, a pesar de las semejanzas del caso con los considerados en los precedentes. También es posible que ciertos precedentes sean declarados inaplicables al ser sustituidos por otros más acordes a la evolución social (*overruling*).

De lo anterior se desprende que el término “enunciados de los precedentes” denota a cada uno de los elementos constitutivos de una argumentación que contiene un argumento institucionalmente vinculante dentro de la tradición del derecho anglosajón. La determinación de su aplicación para casos posteriores al que les dio origen estará determinada, en buena medida, por las propiedades semánticas que se les atribuyan al determinar una proposición como su contenido semántico y la relación del mismo con las propiedades fácticas del caso en cuestión.

Enrique Cáceres Nieto

528. ENUNCIADOS DOGMÁTICOS

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen (1960) sostiene que las oraciones de la ciencia jurídica deben distinguirse, en cuanto *enunciados*

jurídicos, de las *normas* jurídicas producidas por los órganos de derecho. Las *normas* jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado de conocimiento.

Como resulta evidente, el célebre profesor vienés marca una clara distinción entre dos tipos de discurso: *a)* el derecho positivo y *b)* el de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. La descripción del primero constituye el objeto de estudio del segundo.

No obstante su indudable importancia en la historia de la filosofía jurídica, muchos avances han ocurrido en el campo de la metodología de la filosofía del derecho desde la fecha en que se escribió la paradigmática teoría pura. A continuación trataré de proporcionar una versión actualizada del pensamiento kelseniano, incorporando elementos de la filosofía analítica contemporánea.

Desde el lenguaje hablamos del mundo que nos rodea, para lo cual empleamos, de manera fundamental, enunciados mediante los que se expresan proposiciones descriptivas, cuya propiedad definitoria más relevante es poder ser determinadas como verdaderas o falsas (sobre la diferencia entre “enunciado” y “proposición” (véase enunciados de los precedentes). Al respecto, y en defensa de una teoría de la verdad por correspondencia, Tarsky establece que una proposición “p” es verdadera, sí y solo si p. Por ejemplo, la proposición “la nieve es blanca” será verdadera sí y solo si es el caso que efectivamente la nieve es blanca.

Sin embargo, a través del lenguaje no solo podemos hablar del mundo natural, sino también del lenguaje mismo en un nivel diferente. Para referirnos al lenguaje *desde el cual se habla* de otro lenguaje empleamos la expresión “metalenguaje”, mientras que para el lenguaje *del cual se habla*, la expresión utilizada es “lenguaje objeto”. Una vez conscientes de esta diferencia, nuestra percepción discursiva del derecho, en una dimensión plana en la que todo es simplemente discurso, se revela como una dimensión multinivel. Desde esta nueva visión es posible ver distintos niveles de lenguaje en las más diversas manifestaciones jurídicas: la cita del pensamiento de un autor es metalingüística respecto de lo que el autor citado dijo; lo que se predica como la interpretación correcta de un artículo legal es metalingüístico respecto del precepto legal que es su lenguaje objeto; un contra-argumento, por definición, es una entidad metalingüística cuyo lenguaje objeto es el argumento refutado, etcétera.

Lenguaje objeto y metalenguaje pueden pertenecer a la misma clase lógica de proposiciones lingüísticas, pero no necesariamente. Por ejemplo, la descripción de un reporte de investigación constituye un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es también de índole descriptiva. En el caso del derecho, buena parte de lo que denotamos con la expresión “dogmática jurídica” es un metalenguaje descriptivo, cuyo lenguaje objeto es de un tipo lógico distinto: el derecho positivo, en tanto está constituido por normas, es fundamentalmente prescriptivo.

Con base en lo anterior, resulta claro que al menos parte del discurso de la dogmática, precisamente al que se refiere Kelsen cuando habla de proposiciones de la ciencia del derecho, constituye un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo. Si este es el caso, en congruencia con lo dicho precedentemente, las proposiciones que describen al sistema normativo están sujetas a ser evaluadas como verdaderas o falsas.

El problema de las condiciones de verdad de dichas proposiciones es un tema complejo que no puede ser abordado en poco espacio, sin embargo, algunas reflexiones generales pueden ser esclarecedoras. Para algunos autores, como Alexy (1983), el criterio de evaluación de las proposiciones de la dogmática, a diferencia de las del discurso científico, no puede ser considerar si son verdaderas o falsas, sino correctas o incorrectas. No obstante las buenas razones que subyacen a esta propuesta y sin poder fundamentarlo más detalladamente, en este texto asumiré que las proposiciones de la dogmática pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y que una teoría consensual de la verdad, como la defendida por Alexy, permite reconducir los criterios de correcto-incorrecto a verdadero-falso. Por otra parte, el uso de estos términos es más congruente con la calificación de “ciencia” estipulada para la dogmática jurídica.

Otro problema que se nos presenta es el de las condiciones de verdad de las proposiciones dogmáticas, sobre todo si se pretende adoptar una teoría de la verdad por correspondencia. En el caso de “la nieve es blanca”, la contrastación de la proposición se hace directamente con el mundo natural. Sin embargo ¿cuál sería el mundo de los hechos con el cual confrontar a las proposiciones de la dogmática, si las normas no son hechos, o al menos no el mismo sentido que la nieve, sino entidades lingüísticas? La respuesta es que las condiciones de verdad de las meta proposiciones dogmáticas son dadas por su relación con el lenguaje objeto, es decir, con el derecho positivo.

Por ejemplo, una norma jurídica que establezca: “a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión” tendrá un estatus lógico de proposición prescriptiva. El mismo enunciado encontrado en un libro de dogmática jurídica penal al decir: “en el sistema jurídico S se establece que: «a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión»”, contendrá una proposición descriptiva, que en este ejemplo sería verdadera. La diferencia funcional de las distintas proposiciones expresadas por el mismo enunciado en diferentes niveles de lenguaje se pone de manifiesto si imaginamos que ha ocurrido una reforma legislativa por la que la sanción por robo se ha incrementado de 15 a 20 años y el autor del tratado de dogmática no ha tenido tiempo de actualizar su obra en una nueva edición. En este supuesto, la proposición que era verdadera antes de la reforma, habrá pasado a ser falsa.

Desde luego que las proposiciones de la dogmática no se limitan a parafrasear al derecho positivo, sino que lo reelaboran y sistematizan mediante las reglas de procesamiento cognitivo propias de la profesión. Por otra parte, el discurso de la dogmática no se agota en proposiciones sino que incluye otros elementos, como son definiciones, redes semánticas y, en ocasiones, proposiciones prescriptivas (opiniones) que en estricto sentido no son parte de un discurso “científico”. Otra parte importante son las teorías conceptuales abstractas, no metalingüísticas respecto de ningún derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, de la teoría general del delito.

Con base en lo anterior, el término “enunciados dogmáticos” denota a la forma en que se expresan las proposiciones descriptivas en el metalenguaje de la dogmática jurídica y que son susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas (o si se prefiere correctas o incorrectas) a partir de lo establecido en el lenguaje objeto del derecho positivo.

Enrique Cáceres Nieto

529. EQUIDAD

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, “igual”; del griego *επιεικεία*, virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse como la “bondadosa templanza habitual”, la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita, o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus *Tria Praecepta Iuris* (tres principios del derecho), el *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria, aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables para decidir “de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador”.

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley o, mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra varias veces la palabra “equidad”, como en el art. 2o. que establece: “...garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones...”.

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del derecho común (es decir, aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término *equity* representa una particular fuente del derecho, inicialmente de carácter discrecional, que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *Common Law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *Common Law*.

María de la Concepción Vallarta Vázquez

530. EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la “equidad” como “una

igualdad en las diferencias”, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias (véase equidad).

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de “género”, como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embargo, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción sociocultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años setentas el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: “una no nace mujer, se hace mujer”.

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de “masculinidad” y “feminidad”, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de estos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo (véase igualdad de género).

María de la Concepción Vallarta Vázquez

531. ESPECIFICIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional público se sustenta sobre una serie de reglas y principios que dan un enorme peso a la soberanía de los Estados. La mayoría de las normas de derecho internacional buscan proteger y maximizar los intereses de los Estados en sus relaciones internacionales; sin embargo, existen materias del derecho internacional que se relacionan con cuestiones que son de orden público, pues regulan la actuación de los Estados teniendo como punto de referencia la protección de los individuos y la consecución del bien común —y no la maximización de los intereses estatales como soberanos—. Estas materias fueron desarrolladas sobre todo a partir de la segunda mitad del

siglo xx, en parte, como respuesta a los graves atentados contra la dignidad que ocurrieron a manos de algunos Estados. Los ejemplos paradigmáticos de estas materias son el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Algunas de las normas y principios que se desprenden de estas materias generan obligaciones *erga omnes* y algunas incluso constituyen normas de *ius cogens*. La motivación detrás de este desarrollo parece ser clara: la comunidad internacional ha considerado que ciertos principios y reglas establecidos en tratados tienen un valor distintivo (específico), pues protegen valores tan importantes para el orden público que el deber de protegerlos trasciende ciertos límites impuestos por la soberanía. En este punto cabe recordar el criterio de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, donde estableció que en cierto tipo de tratados los Estados no tienen un interés propio, sino solo un interés común que está inspirado en la realización de fines superiores (p. 12). Esta aproximación ha sido seguida en la adopción e interpretación de las normas y principios del DIDH.

La especificidad en materia de DIDH se sustenta en el presupuesto de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo). En la génesis de las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos existe un entendimiento ontológico de que todos los seres humanos gozan de una dignidad intrínseca, la cual implica el reconocimiento y la protección estatal de todos los derechos que se derivan de ese estatus sin discriminación. Este entendimiento permite sostener que los tratados de derechos humanos prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas como una consideración de interés general, lo cual se refleja en la teoría y práctica en materia de DIDH.

Las consecuencias normativas de la especificidad del DIDH se pueden observar en la existencia de principios estructurales propios de la materia, mismos que permiten interpretar y definir el alcance de las obligaciones de los Estados de manera diferenciada al resto de las materias (p. ej., en materia comercial). Estos principios incluyen los siguientes: pro persona, solidaridad, subsidiariedad, soberanía, igualdad y proporcionalidad. También se entiende que, en virtud de los instrumentos internacionales en materia de DIDH, los Estados contraen obligaciones que requieren que todo el aparato estatal cumpla con la protección a los derechos que son reconocidos en fuente internacional. Esto incluye el deber de garantizar que todas las autoridades del Estado cumplan con estas obligaciones y que se adapte el derecho interno y las políticas públicas para esos efectos. Ambas cuestiones —la existencia de principios estructurales propios del DIDH y el carácter autoejecutable de sus normas— se sustenta en el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos.

Pablo González Domínguez

532. ESTADO (ÓRGANOS DEL)

La definición de “Estado” es sumamente problemática. Como individuos, percibimos a diario actos que identificamos como provenientes del “Estado”,

como multas, reglamentos, leyes, sanciones de diversa índole, beneficios materiales como construcción de obras, servicios públicos, servicios de salud y educativos, pero no podemos ver una personificación, una entidad material que sea “el Estado”. Esta circunstancia ha llevado a una diversidad de autores a desarrollar distintas definiciones, algunos tratando de darle un carácter corporal o material, otros despojándolo de ese tipo de materialidad y asignándole más bien un carácter o una realidad ideal.

Las teorías realistas pretenden definir al Estado tomando como base algún elemento empíricamente observable. Sin embargo, las teorías formalistas (entre ellas de manera destacada la de Hans Kelsen), sostienen que el Estado no es una acción ni suma de acciones; ni tampoco es un ser humano o un conjunto de seres humanos (todo esto, en alusión a las teorías realistas). Para Kelsen, como bien se sabe, el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico. El Estado es el orden jurídico. Estado = derecho.

El Estado no es, entonces, un cuerpo visible o tangible. Pero ¿cómo se manifiesta en la vida social? Kelsen nos dice que ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado. ¿En qué condiciones atribuimos al Estado una acción humana? No todo individuo es capaz de realizar actos que tengan carácter de actos del Estado, y no toda acción de una persona capaz de realizar actos estatales tienen tal carácter. ¿Cómo distinguir las acciones humanas que son actos del Estado de aquellas otras que no lo son? El concepto clave para responder a esta pregunta, según Kelsen, es el concepto de “imputación”. El juicio por el cual referimos al Estado, como persona invisible, una acción, constituye la imputación, al propio Estado, de un acto humano. El problema del Estado es un problema de imputación. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados “órganos” del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio en que tal imputación se basa? Imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano. La imputación de una acción humana al Estado solo es posible en su vinculación con el orden jurídico. Se dice que un delincuente es castigado por el Estado, cuando el castigo es establecido por el orden jurídico. El Estado impone una multa a un contribuyente moroso, en cuanto la multa es señalada por el ordenamiento jurídico. El Estado crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico.

El Estado es el orden jurídico, pero se ha personificado. Esta personificación ha derivado del hecho de que para reconocer un acto como “acto de Estado” se tiene que realizar la operación que llamamos “imputación”. Un acto se imputa a un órgano del Estado, y al hacerlo se imputa también al Estado mismo como si fuera una persona, pero esa persona, como ya explicó Kelsen, no existe materialmente, porque el Estado es el orden jurídico.

Ahora bien, la teoría de Kelsen es útil porque da un criterio formal para identificar cuándo estamos ante un órgano del Estado. Ello no obstante, se queda corta en el sentido de que toma en cuenta nada más la realidad normativa del Estado (el derecho), y no toma en cuenta la su realidad fáctica: la eficacia y los instrumentos de la eficacia (coacción y legitimidad). Esto es precisamente lo que hace Reinhold Zippelius, cuando nos dice que la co-

munidad estatal se distingue de otros tipos de comunidades (familia, escuela, asociación civil, sociedad anónima, club, etcétera) por dos factores: *a)* tiene un poder último de regulación (supremacía de competencias) y *b)* otorga a ciertos individuos la facultad de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, con el empleo de la fuerza física. Estos individuos son los que conforman los órganos del Estado.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los Poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, como indica Fraga, las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas (y también las legislativas y judiciales), han de tomar como base los principios constitucionales respectivos (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 94-96).

José Ma. Serna de la Garza

533. ESTADO (POTESTAD TRIBUTARIA DEL)

La potestad tributaria puede entenderse, en una noción general, como la manifestación de poder del Estado para la creación y el cobro de tributos. En sede académica, este concepto ha tenido un profuso tratamiento por la escuela italiana y española del derecho tributario, cuya recepción ha tenido un impacto notable en la mayoría de los países de Iberoamérica.

A mayor abundamiento, algunos autores definen a la potestad tributaria como la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción (Giuliani Fonrouge: 2003); la facultad propia del Estado para crear tributos (Sáinz De Bujanda: 1979); la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas (De la Garza: 1993); el poder jurídico del Estado para establecer las contribuciones forzadas, recaudarlas y destinarlas a expensar los gastos públicos (Rodríguez Lobato: 2002); la posibilidad jurídica del Estado de establecer y exigir contribuciones (Venegas Álvarez: 2011); la posibilidad de imponer mandatos que resulten en la obligación de pagar contribuciones al Estado (Álvarez Alcalá: 2010); y la capacidad del Poder Legislativo para establecer tributos (Ríos Granados: 2007).

En una primera aproximación, la potestad tributaria encuentra su fundamento teórico y político en el concepto de soberanía, en el entendido de que la imposición de contribuciones deriva del poder del Estado

para ejercer derechos de dominio sobre las cosas y personas que en él se encuentran, mediante el establecimiento de preceptos coactivos y actos de administración. Bajo esta tónica, la potestad tributaria —o poder de imperio— es un ejercicio directo de soberanía.

Esta concepción de potestad tributaria vinculada a la idea de soberanía fiscal se modifica a la par del constitucionalismo y la consolidación de la idea de Estado democrático de derecho, que pone en crisis el concepto mismo de soberanía y hace replantear el fundamento del poder de imperio del Estado para la imposición de tributos.

En el Estado moderno de derecho el fundamento jurídico de la potestad tributaria deriva directamente de la Constitución, la cual dispone, a la sazón de diversos principios materiales de justicia tributaria (reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad tributaria, destino al gasto público, generalidad, no confiscatoriedad, etcétera), la forma en que los órganos del poder público detentan y ejercen la función de crear y cobrar contribuciones. Así, la noción de potestad tributaria deja de ser un ejercicio de la supremacía del Estado para convertirse en una facultad constitucional de corte democrático. Tan es así que actualmente la mayoría de los textos constitucionales (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela, por mencionar algunos) disponen de forma expresa que no puede haber tributo que no esté contenido en ley.

Por lo anterior conviene distinguir entre la potestad normativa tributaria y la potestad tributaria. En el primer caso, se hace referencia a la facultad que tiene la función legislativa de establecer contribuciones a través de un proceso de creación de leyes formal y materialmente hablando; mientras que en el segundo se hace alusión a las facultades del Poder Ejecutivo, en especial de la administración tributaria, para la gestión y el cobro de tributos.

En este sentido, la *potestad normativa tributaria* es el acto concreto de confección del tributo a cargo del legislador, que se expresa con el aforismo *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley). Además, un aspecto de vital trascendencia es que el proceso legislativo para la imposición de tributos inicia en la cámara baja o cámara de diputados, derivado del principio básico habitualmente conocido con el aforismo anglosajón *no taxation without representation* (no hay tributo sin representación), inspirado en la representación del pueblo en el quehacer legislativo, el cual reafirma la razón política de la ley tributaria como expresión de la voluntad general.

Por su parte, la *potestad tributaria* se puede entender como el conjunto de facultades que por ministerio de ley detentan determinados órganos de la administración para determinar, liquidar, recaudar y gestionar los tributos, así como para comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente.

En otras palabras este tipo de potestad tributaria implica que los autoridades de la Administración Tributaria, con ayuda de la ley, pueden exigir a los sujetos que se encuentren dentro de los supuestos de hecho establecidos en esta, el cobro de las contribuciones que le son debidas. Para ello, debe comprobar si en realidad se han producido los hechos que generan la obligación tributaria, señalar la cuantía del crédito fiscal y/o verificar si las prestaciones realizadas por el contribuyente se encuentran ajustadas a la ley.

Israel Santos Flores

534. ESTADO ABIERTO

El término de “estatalidad abierta”, vinculado al concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), emerge hace cincuenta años, cuando Klaus Vogel lo utiliza para describir la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado. En este sentido, se refiere a la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirmara después Karl-Peter Sommermann. Este concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) tiene como contexto la atribución de una especial connotación a la decisión constitucional a favor de la apertura en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos. Más recientemente, Mattias Wendel define a la permeabilidad constitucional como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.

En el ámbito latinoamericano es necesario introducir el concepto del Estado abierto en el sentido de examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración regional bajo una concepción multinivel. Gracias a la democratización, la permeabilidad constitucional fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, así como en las reformas constitucionales. Dicha opción constitucional abarca una doble vía: primera, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos establecidos en el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, segunda, para regular la participación en la integración. Ambos constituyen elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano, en las palabras de Jorge Carpizo.

La estatalidad abierta tiene sus rasgos característicos. Entre ellos cabe destacar que el proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y la internacionalización entendida como humanización. El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos. Es un proceso vinculado a la globalización, signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, a la constitucionalización y a la judicialización. Del mismo modo, el Estado abierto se conecta con la creciente interacción entre el derecho internacional, el derecho supranacional y el derecho constitucional. La Constitución no es la norma suprema única. En la doctrina se emplean distintos términos para describir la reconfiguración de

la relación entre en el derecho internacional y el derecho interno (acoplamiento por Armin von Bogdandy, trapecio en lugar de pirámide normativa por Flávia Piovesan, coordinación entre sistemas, por César Landa). La premisa válida es la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, de interconexión y de convergencia. Asimismo, el proceso de humanización se vincula con el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, que tienen primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional, mediante las cláusulas de prevalencia, así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto de estatalidad se diferencia de otros. En la doctrina se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío) y más bien limitado al campo de los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. Recientemente se sostiene que el neoconstitucionalismo sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales, sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino. Pero la noción de Estado abierto implica la decisión constitucional de permitir que penetren otros órdenes en el orden interno, que no se limita a las cláusulas de apertura, sino que abarca también otras fórmulas de recepción constitucional.

Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo. Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”, “cláusula europea” o *bridging mechanism*.

En América Latina hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno. La noción del Estado abierto tiene un particular potencial e impacto si se le comprende como una condición esencial de la protección internacional y supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. El ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Por tanto, las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado-nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad, y debe recurrirse a nuevas aproximaciones doctrinales. El concepto de estatalidad abierta o Estado abierto adquiere un particular potencial bajo la perspectiva del *ius constitutionale commune*, por cuanto representa uno de sus objetivos. El Estado constitucional contemporáneo

solo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente, lo cual implica limitaciones, particularmente en materia de derechos humanos, pero también en el ámbito de la integración económica regional.

Mariela Morales Antoniazzi

535. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado constitucional de derecho es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados. Suele ser identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las revoluciones francesa y americana.

El Estado de derecho, como concepto desprovisto de adjetivos, ha sido sometido a un constante proceso de perfeccionamiento. En sus orígenes, con esta categoría se intentaron plasmar los postulados racionalistas kantianos en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho (Bockenforde, 2000). Surge en el marco de la teoría del Estado del liberalismo alemán, como contrapunto a otras formas de Estado, específicamente contra el Estado absoluto y el Estado de policía. Su postulado esencial consistió en la eliminación de la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con los ciudadanos (Zagrebelsky, 1995). El Estado de derecho, entendido de tal manera, es tributario de la tradición constitucional liberal más conspicua; sin embargo, su escueta denotación inicial, sobre todo en lo referente a los contenidos a los que deberían sujetarse los actos del Estado, determinó, en opinión de Zagrebelsky, que tal denominación pudiera ser aplicada a cualquier forma de Estado en la que, en principio, estuviera excluida la arbitrariedad, vía la determinación de su actividad mediante ley, cualquiera que fuera el contenido de la misma. Esta idea de Estado de derecho coincide con el modelo que Ferrajoli denomina “Estado formal de derecho” consistente en “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legales establecidos” o “aquellos ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más anti liberales, en los que los poderes tienen una fuente y una forma legal” (Ferrajoli, 2001). Con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo cercenó la fuerza *jurígena* de la Constitución y le restó entonces capacidad como parámetro de control sobre los contenidos legislativos. Ferrajoli sintetiza este proceso con contundencia: en el Estado legislativo de derecho se produjo *la afirmación del*

principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo. El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley.

Los trágicos sucesos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial evidenciaron las insuficiencias del modelo descrito asentado, por un lado, en criterios formales de validez del derecho y, por el otro, en una idea de democracia también formal o unidimensional. Los diseños institucionales europeos de la Segunda posguerra fueron concebidos y diseñados para robustecer los límites a las decisiones mayoritarias a través de diversas vías; por un lado, la asunción de un nuevo entendimiento de la Constitución como receptáculo de derechos que deberían operar como límites sustanciales a las decisiones mayoritarias; por otro lado, que tales Constituciones sean rígidas, es decir, inmutables a las reformas por medios ordinarios y, por último, el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, mediante los cuales se escrutaría ya no solo los aspectos formales del proceso de producción de las leyes, sino además el contenido de las mismas. En este escenario, la ley, como parámetro de control, cede su espacio a la Constitución y se subordina a las formas y contenidos establecidos en ella. Ferrajoli sintetiza los principales cambios en el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho. Primero, cambian las condiciones de validez de las leyes, pues esta ya no se colma con cumplir los requerimientos de producción; en el nuevo modelo es preciso, además, la adecuación entre contenidos constitucionales y legales. En segundo lugar, transforma las finalidades de la ciencia jurídica, pues las divergencias entre Constitución y ley obligan al jurista no ya solo a desempeñar un papel meramente explicativo sino además, crítico. En tercer lugar, se modifica sustancialmente el rol del juez, quien en el nuevo modelo asume un papel central consistente en aplicar las normas que superen el escrutinio constitucional y en desaplicar o invalidar aquellas que no lo logren. Por último, nos dice Ferrajoli, se produce una profunda transformación en la naturaleza de la democracia, pues la subordinación de la ley a la Constitución a través de límites formales, pero sobre todo sustanciales, implica la introducción de la dimensión sustancial de la democracia; para el modelo ya no solo es importante quién decide y cómo se decide, sino además qué se decide. En el Estado constitucional de derecho se actualiza la pérdida de centralidad del principio de legalidad y su reemplazo por el principio de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho implicaría entonces asumir ciertas ideas respecto a la Constitución y cómo debe ser preservada. En cuanto a lo primero, la Constitución se asume como suprema, es decir, como cúspide del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, posee carácter normativo, es decir, fuerza normativa, y deja así de ser entendida como un programa político; asimismo, goza de aplicabilidad directa, lo que implica asumir, parafraseando a Sagüés, que la Constitución ya no regirá con el permiso del legislador; establece derechos, civiles, políticos, pero también sociales, a esto se refiere Prieto Sanchís cuando apunta que las Constituciones del Estado constitucional se caracterizan por un *denso contenido normativo*; debe estar excluida del ámbito de las decisiones políticas ordinarias, es decir, debe estar dotada de algún grado

de rigidez. Por último, el sistema debe establecer garantías judiciales para mantener la indemnidad de la Constitución. Esta última nota, es decir, la incorporación de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos, es determinante para la conformación del modelo Estado constitucional de derecho. En tal sentido, García Pelayo sostiene que el Estado constitucional de Derecho adquiere forma y entidad en varios países europeos de la Segunda posguerra con el establecimiento de tribunales constitucionales, es decir, con el desarrollo de una jurisdicción contencioso-constitucional que permitiera hacer operativos los postulados constitucionales (García Pelayo, *Obras completas*). Sintetizando lo dicho hasta el momento, en el Estado legal de derecho operó bajo el principio de legalidad que implicó la prevalencia de la ley por sobre los restantes actos estatales que debían adecuarse a sus contenidos. Esta adecuación sería garantizada por tribunales cuya función sería entonces garantizar la legalidad de los actos de la administración. En el Estado constitucional de derecho opera el principio de constitucionalidad, caracterizado por la primacía de la Constitución por sobre incluso la propia ley y por el funcionamiento de una jurisdicción constitucional que velaría por la conformidad de todos los actos del Estado, incluida la propia ley, con la Constitución (García Pelayo, 1991).

Así, la justicia constitucional es un elemento constituyente del Estado constitucional de derecho. Sentadas estas ideas, es necesario aclarar que el modelo aquí descrito, no tiene por preferido un modelo específico de justicia o jurisdicción constitucional, es decir, no establece que el modelo que mejor cumple con esta garantía es el europeo, caracterizado por la existencia de tribunales constitucionales o el llamado americano, caracterizado por la inexistencia de la nota de concentración y por la facultad de todos los jueces de realizar dicha labor. Una hojeada a los diversos sistemas jurídicos que han desarrollado mecanismos de garantía jurisdiccional nos permite apreciar la diversidad de sistemas y mecanismos de control existentes, aunque todos compartan la misma finalidad. García Pelayo ofrece una nómina de las diversas formas de articular la jurisdicción constitucional y los órganos encargados de ejercerla: 1. Jurisdicción constitucional descentralizada y no especializada: cualquier juez puede realizar el control de constitucionalidad; 2. Jurisdicción descentralizada y especializada: solo un órgano especializado puede juzgar la adecuación de los actos con la Constitución federal, y otros tribunales superiores locales pueden ejercer el control en relación con las Constituciones que rigen en sus ámbitos, como es el caso de Alemania; 3. Jurisdicción centralizada y no especializada: solo un tribunal no especializado entiende en la materia de constitucionalidad; 4. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: este modelo se presenta cuando el control de constitucionalidad es encomendado a una sala de una corte o tribunal supremo, y 5. Jurisdicción especializada y centralizada, se presenta cuando un tribunal ejerce el control constitucional de manera única y para todo el país (García Pelayo, 1991). La categorización realizada por García Pelayo, así como la distinción entre modelos europeo y americano, ha perdido algo de su fuerza explicativa, pues el desarrollo de los diseños originarios y la expansión de la justicia constitucional han generado que las notas primigenias u originarias de cada modelo se combinen, generando modelos mixtos más complejos y por tanto de difícil clasificación. Más allá de los diseños y clasificaciones, lo esencial es comprender que la garantía

jurisdiccional de la Constitución es una nota entitativa del modelo llamado Estado constitucional de derecho, pues permite actualizar el principio de constitucionalidad bajo el cual opera.

En la actualidad, nuestro modelo de Estado enfrenta colosales desafíos. El debilitamiento de la soberanía estatal se manifiesta en diversos frentes. Por un lado, la pérdida de eficacia de los contenidos constitucionales generada por el influjo de la política y la economía ha motivado, en opinión de Ferrajoli, la necesidad de pensar en términos constitucionales pero fuera del marco del Estado-nación. El camino parece ser el de la generación de un constitucionalismo regional o mundial. En esta senda, los sistemas regionales de protección de derechos humanos que establecen un *corpus iuris* en la materia y jurisdicciones transnacionales establecen límites para la actuación estatal, al tiempo que potencian los contenidos sustantivos del Estado constitucional.

Juan Manuel Acuña

536. ESTADO DE EXCEPCIÓN

El estado de excepción (EE) es la declaración solemne que formulan las autoridades competentes, en la forma y oportunidad previstas por la Constitución, al suscitarse situaciones de crisis que afecten la subsistencia o la seguridad del Estado o de su población para otorgar al ejecutivo facultades extraordinarias con la finalidad de resolverla, pudiendo estas afectar el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los habitantes del territorio concernido, mientras subsista la crisis, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes por el correcto uso de sus facultades.

Son requisitos esenciales del EE: *a)* que se declare a causa de una situación de crisis real y descrita en la norma constitucional habilitante; *b)* su declaración por el o los órganos competentes, con las formalidades prescritas para su dictación; *c)* que se enuncien los derechos cuyo ejercicio puede suspenderse o restringirse según el EE que se declare; *d)* el lapso por el que se decreta su vigencia, el cual debe estar dentro de los límites permitidos; *e)* el ejercicio de las potestades que otorgan debe dirigirse a subsanar la crisis, no pudiendo afectar la competencia ni las inmunidades de los demás órganos del Estado, y *f)* debe darse publicidad a su declaración.

Son principios universalmente aceptados que: *a)* el EE no puede subsistir una vez subsanada la crisis que lo motivó; *b)* puede decretarse más de un EE, siempre que cada uno de ellos corresponda a la existencia de la causal que lo motiva; *c)* el EE puede afectar a todo el territorio o solo a la parte de este afectada por la crisis; *d)* las situaciones de crisis no obligan a decretar un EE si la autoridad es capaz de resolverla con sus facultades ordinarias; *e)* las medidas que se adopten contra las personas deben ser motivadas, y *f)* tales medidas son impugnables ante la justicia ordinaria.

La regulación moderna de los estados de excepción pretende establecer una razonable ecuación entre la necesidad de proteger la seguridad del Estado —esto es, su subsistencia, su integridad y la seguridad de sus habitantes— y la vigencia imprescindible de la dignidad humana que emerge con fuerza en el derecho público a partir de la Carta de las Naciones Unidas suscrita en San Francisco por 50 Estados, y que entró en vigor al término de la Segunda Guerra Mundial, el 24 de octubre de 1945; siendo precedida, con el mismo énfasis, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hom-

bre, de mayo de 1948, y la Declaración Universal los Derechos Humanos, de diciembre del mismo año.

No obstante, quienquiera que intente emprender un vuelo retrospectivo para indagar el origen de los llamados “estados de crisis”, “regímenes de emergencia” o “estados de excepción constitucional”, terminará aterrizando en la institución de la dictadura de la Roma republicana.

Lo anterior no solo porque los llamados “poderes de crisis” hayan tenido lugar en Roma (aunque también hubo dictadores cuando estuvo amenazada la seguridad o la subsistencia del Estado en Esparta, bajo el nombre de *Harmost*; en Salónica, donde se les llamó *Aesymmet*; en Malta, donde se les conoció como *Archus*, o en Florencia, donde se les denominó *Balia*), sino porque la mejor descripción de los episodios de crisis y de los poderes desplegados para conjurarlos quedó estampada con rasgos indelebles en la fascinante historia de la Roma republicana e imperial.

Sobre la dictadura romana escribieron, entre otros, Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio y Cicerón y —entre los clásicos del Renacimiento— Maquiavelo, en *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*; Bodino, en *Los seis libros de la República* (1992) y, en el siglo xx, Carl Schmitt, en su monografía *La dictadura* (1985).

Ahora bien, en aquella época lo único importante para el Gobierno era resolver —a cualquier costo— la situación apremiante que exigía el nombramiento de un dictador, sin que este pudiera ver limitados sus poderes por consideración a los derechos, la fortuna, e inclusive la vida de quienes pudieran resultar afectados por sus acciones.

Tres caracteres emparentan a la dictadura republicana de la antigua Roma con los modernos estados de excepción: *a)* ambos proceden solo en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del Estado (en Roma, según Bodino, procedía en casos de guerra, sedición, sublevaciones o reforma del Estado [1992, lib. I, cap. VIII, p. 267 y ss.]); *b)* ambos tienen, por lo mismo, una duración limitada, generalmente a seis meses, sin perjuicio de caducar anticipadamente si el peligro ha sido subsanado (ejemplar es el caso de Lucio Quincio Cincinato [419 a.C.] quien, nombrado por el Senado para liberar un destacamento romano atrapado por los ecuos, los venció en 15 días y, al punto, se despojó de su poder ante el Senado [Grimberg, *Historia universal*, t. V, pp. 31 y 32]), y *c)* ambos poseen una regimentación jurídico-política: la entrega al dictador de un poder individual, absoluto e inapelable —en el caso de Roma— y la atribución al Gobierno de facultades excepcionales, pero sujetas a control —en el derecho constitucional que hoy nos rige—. Para Maquiavelo, “la dictadura no es algo así como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la Constitución republicana (de Roma) para preservar la libertad [...] Por ello la dictadura es una institución constitucional de la República [...]” (Schmitt, 1985).

Lautaro Ríos Álvarez

537. ESTADO LAICO

La característica principal de esta forma de organización estatal —indispensable para la existencia de la democracia— se sintetiza en la siguiente idea: separar el Estado de la Iglesia, o el poder político del poder religioso. Se trata de una separación que en los hechos puede adquirir diversas modalidades.

des pero que solo se verifica cuando ambas esferas mantienen una recíproca autonomía. En el plano teórico son útiles algunas tesis de John Locke para entender el sentido de esta emancipación simultánea: es menester “distinguir el interés de la sociedad civil y de la religión y (deben) establecerse las fronteras que separan a la Iglesia y al Estado” porque “si esta separación no se lleva a cabo, es imposible resolver los conflictos entre las personas que desean, o que fingen desear, la salvación del alma y la del Estado”.

La separación es sana para las dos entidades involucradas: el Estado, separado de la Iglesia, cuenta con la autonomía necesaria para fundar sus mandatos en fuentes de legitimidad políticas; la Iglesia, separadas del Estado, siempre que respete los derechos de las personas y las normas de interés público, puede delinear las reglas que moldean las conductas de sus fieles en un ámbito de autonomía. Desde esta perspectiva, el principio de la separación entre el estado (el poder político) y la Iglesia (el poder religioso) es valioso en las dos direcciones y debería ser salvaguardado por ambas instancias. Además, en contextos de pluralidad religiosa —en los que existen diversas religiones y/o iglesias— la separación es condición de no discriminación porque otorga legitimidad a todas las manifestaciones religiosas en igualdad de condiciones, e impone al Estado el deber de velar por su convivencia pacífica. En un Estado laico, entonces, ninguna iglesia o religión debe tener una posición privilegiada ni recibir un trato especial.

Los ejes cardinales del Estado laico pueden, entonces, sintetizarse de la siguiente manera: el Estado no debe discriminar ni privilegiar a ninguna expresión religiosa, sino que debe generar las condiciones de coexistencia pacífica entre todas las religiones e Iglesia; ninguna religión o Iglesia debe recibir un trato privilegiado; ninguna religión o Iglesia debe imponer sus dogmas o normas a la colectividad política (pecado y delito deben distinguirse, decía Beccaria); todas las religiones y la Iglesia deben someterse a las normas constitucionales y legales vigentes; el Estado debe contener las pulsiones hegemónicas de esta o aquella religión o Iglesia en donde las mismas existan.

Pierluigi Chiassoni ofrece una puntualización de estas premisas partiendo de la tesis de que en un Estado laico las asociaciones religiosas deben ser consideradas asociaciones privadas como cualquier otra. Esto se traduce en los siguientes principios propios del Estado laico:

1. Principio de la neutralidad negativa del Estado (principio de no-intervención negativa) que implica que, salvo algunos casos extremos, el Estado no debe prohibir actos de culto, individuales o de grupo, en aras de garantizar la libertad religiosa de las personas; 2. Principio de la neutralidad positiva del Estado (principio de no-intervención positiva) que “impone al Estado omitir cualquier ayuda o subvención, directa o indirecta a favor de las religiones y sus organizaciones”;

3. Principio de la libertad de apostasía que “establece la igual dignidad jurídica del ateísmo”;

4. Principio de neutralidad de las leyes civiles frente a las normas morales religiosas que “impone la separación entre derecho y normas éticas normativas religiosas”.

Teóricamente resulta atinado afirmar que cuando estos cuatro principios se encuentran debidamente garantizados estamos ante un Estado laico en sentido pleno. Un Estado que no prohíbe ni persigue a las religiones (garanti-

zando así el derecho fundamental a la libertad religiosa); que no subvenciona ni ofrece tratos preferenciales a las iglesias (entiéndase: a ninguna de ellas); que respeta, en igualdad de condiciones, a los creyentes de las diferentes religiones y a los no creyentes (agnósticos, ateos, apostatas, etcétera) y que garantiza la laicidad del derecho, es un Estado laico. Sin embargo, como suele suceder con todos los modelos teóricos, la distancia entre los principios teóricos y la realidad práctica es inevitable, por lo que existen Estados modernos, constitucionales y más o menos democráticos que no observan todos los principios a cabalidad.

Esto es interesante si miramos, por ejemplo, a los Estados latinoamericanos porque existen importantes diferencias en la manera en que las Constituciones de los países de la región regulan las relaciones entre el Estado y las Iglesias o religiones. El art. 2o. de la Constitución argentina, por ejemplo, señala que “El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico, romano.” Algo similar sucede en Perú, en donde la Constitución fue promulgada “invocando a Dios Todopoderoso”, y también otorga un lugar especial a la religión católica en su art. 50: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Sin embargo, lo cierto es que ambas Constituciones reconocen legitimidad a otras religiones y respetan la libertad de conciencia y religión.

Estas normas contrastan de manera significativa con lo que señala la Constitución mexicana en su art. 40: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...”. Esta disposición debe leerse de manera complementaria con el art. 24 que garantiza la “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”; con el art. 3o. que garantiza la laicidad de la educación pública, y con el art. 130 que establece las reglas y límites que materializan el “principio histórico de la separación del Estado y las iglesias” en México. El arreglo mexicano se encuentra más próximo al colombiano, en donde, según el art. 19 constitucional, “se garantiza la libertad de cultos”; “toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” y “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.” El Tribunal Constitucional de ese país ha ofrecido una clasificación de los Estados en esta materia útil e interesante:

1. Estados confesionales sin tolerancia religiosa son aquellos que establecen una religión oficial, cuyos contenidos son jurídicamente obligatorios. Prohíben o discriminan las religiones diferentes a la oficial, como son los Estados cristianos medievales, las Monarquías absolutas y algunos países musulmanes.

2. Estados confesionales con tolerancia o libertad religiosas, en los cuales existe una religión oficial pero no se rechazan las demás religiones. La existencia de una religión oficial no implica que sus contenidos normativos se vuelvan mandatos jurídicos obligatorios para todos. Existen dos variantes: *a)* las religiones diversas a la oficial son toleradas sin plena libertad de ejercicio, como el Estatuto Albertino Italiano de 1870 establecía que la religión católica era “la única religión del Estado. Los demás cultos ahora existentes son tolerados conforme a las leyes” y *b)* el carácter oficial de una religión coexiste con una plena libertad religiosa y ausencia de discriminación, como en Inglaterra la

religión anglicana tiene carácter oficial pero hay plena libertad religiosa. Israel es una nación religiosa tolerante, pues si bien el judaísmo es su religión oficial, en principio se protege la libertad religiosa de todas las confesiones.

3. Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada en los cuales si bien el Estado no necesariamente establece una religión oficial, procura un régimen jurídico que reconozca el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas a las cuales les confiere cierta preeminencia, como ejemplos tenemos los actuales ordenamientos constitucionales en España e Italia, pues aunque hay plena libertad religiosa y no se establece una religión oficial, se reconocen prerrogativas al catolicismo.

4. Estados laicos con plena libertad religiosa. No hay una religión oficial y los sistemas jurídicos no tienen influjo alguno de instituciones propias de alguna confesión. Existe entonces una estricta separación entre la Iglesia y el Estado porque la propia consagración de la normativa constitucional de naturaleza axiológica y principialista establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas. Se reconoce el hecho religioso y se protege la libertad religiosa, pero desde un principio de neutralidad positiva y negativa por parte del Estado, por ejemplo, Estados Unidos, Francia y Turquía.

5. Estados ateos que toleran las prácticas religiosas que no se oponen con las seculares u oficiales, pero no garantizan jurídicamente la libertad religiosa ni la libertad de cultos. Se pueden presentar diversos grados de hostilidad hacia los fenómenos religiosos.

Como puede observarse, solo la modalidad del “Estado laico” reúne los principios teóricos propuestos por Chiassoni, y es el único arreglo que ofrece de manera simultánea: *a*) libertad de conciencia y libertad religiosa; *b*) reconocimiento igualitario a todas las confesiones religiosas; *c*) por lo mismo, garantías de no discriminación por motivos de creencias, y *d*) laicidad del derecho. Se trata del arreglo idóneo para reconocer carta de identidad a la diversidad y a la pluralidad características de nuestras sociedades y para asentar las instituciones que permiten la convivencia pacífica. Por lo mismo, se dice que la laicidad es una condición necesaria —que no suficiente— para la existencia de una verdadera democracia.

Pedro Salazar Ugarte

538. ESTÁNDAR DE RACIONALIDAD

La expresión estándar de racionalidad significa la existencia de un parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez.

No debe confundirse con el término ponderación, pues mientras que este se refiere al balance de normas para llegar a una *conclusión correcta*, estándar de racionalidad hace referencia al nivel de deferencia o acatamiento que se utilizará para advertir la validez de una norma. Al utilizar un estándar de racionalidad se asume, *a priori*, una posición con respecto a la constitucionalidad de una norma.

En revisión constitucional existen dos posiciones o metodologías jurídicas extremas: el examen de racionalidad (*rational basis test*) y el escrutinio estricto (*strict scrutiny*). El examen de racionalidad surgió originalmente como un examen de medios-fines, utilizado por primera vez por la Suprema Corte de

los Estados Unidos en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819. No obstante, la actual forma del examen de racionalidad apareció en 1938 en el caso *United States vs. Calonene products CO.*, en el que el examen de racionalidad se separó del escrutinio estricto.

El examen de racionalidad (*rational basis test*) es, en el ámbito constitucional, el más bajo de los tres niveles de escrutinio aplicado por las cortes al considerar asuntos de constitucionalidad, incluyendo el debido proceso y la igual protección garantizados por la Cuarta Enmienda y la Quinta Enmienda. Cuando un tribunal concluye que no está en riesgo una libertad fundamental, se presume que la ley es constitucional, a menos que no pase el examen de racionalidad básica. Bajo este examen, el órgano jurisdiccional confirmará la decisión si está relacionada racionalmente a un propósito legítimo del gobierno. Es decir, la decisión en cuestión está racionalmente ligada a una razón gubernamental legítima que lo justifica. Quien controvierta la constitucionalidad del estatuto tiene la carga de probar que no existe un propósito legítimo, creíble o que la ley no se relaciona con este. Tal examen o estándar es el más deferencial, o menos riguroso, de revisión en el análisis del debido proceso o de igual protección, y solo necesita un mínimo de escrutinio judicial. Por ejemplo, los tribunales aplican un examen de racionalidad para analizar la constitucionalidad de disposiciones que involucren discriminación por edad, por discapacidad o la regulación del Congreso sobre los extranjeros.

El escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se refiere al nivel más riguroso de revisión legal y constitucional. Con esta metodología, para determinar si una decisión aprueba el examen, esta se considera inválida a menos que el gobierno pueda demostrar un interés obligado (necesario o ineludible) que le justifique. De pasar este examen es porque el órgano jurisdiccional considera que el gobierno tiene un interés legítimo para tomar o aplicar una decisión, aun cuando se crea que dicha decisión fue creada específicamente para alcanzar los objetivos del gobierno y que existen menos coercitivos para alcanzarlos. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la naturaleza del interés en juego determina el nivel de escrutinio aplicado. Cuando los tribunales emplean el examen de racionalidad, solo las decisiones más atroces —aquellas que no se relacionan racionalmente con el interés legítimo del gobierno— son echadas abajo.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

539. ESTEREOTIPO

Un estereotipo es la manera en la que nos explicamos el mundo al entrar en él. Es una pre-concepción. Los estereotipos prejuzgan. Dicen Simone Cusak y Rebeca Cook (2009) que estereotipar “es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular.” Un estereotipo es una visión generalizada o preconcepción de actitudes o características poseídas por los miembros de un grupo social particular (p. ej., las mujeres, las lesbianas o las indígenas) o los roles que realizan o debe realizar.

En sí, esta práctica no tendría problemas si no fuese porque a veces los estereotipos no se quedan en un plano previo y puramente descriptivo, sino que

adquieren matices normativos. Los estereotipos normativos son aquellos que se convierten en prescripciones y que delimitan e imponen comportamientos y roles. Al hacerlo, se convierten en obstáculos para el acceso a los derechos.

Ahora bien, los estereotipos de género prescriben formas de ser a los hombres y a las mujeres y sus comportamientos son juzgados conforme a ellos. Cuando una autoridad o una persona juzgadora es quien valora los comportamientos de las personas utilizando como medida estereotipos prescriptivos de género, no solamente discrimina a las personas, dándoles un trato diferente no justificado, sino que puede vulnerar su acceso a la justicia.

Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado desde 2009 en su sentencia del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, en la que, por primera vez en su jurisprudencia, lo define y usa para encontrar responsable al Estado, pues en este caso, las autoridades del Estado mexicano catalogaron a las mujeres desaparecidas con base en estereotipos y por ello faltaron al deber de diligencia para realizar las investigaciones pertinentes para proteger su vida e integridad. La Corte IDH define el concepto de estereotipo de género como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” y reconoce que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”

A partir de ello, la Corte IDH ha continuado valorando el actuar de los Estados desde este punto de vista, toda vez que se ha advertido que es común que se deniegue el acceso a la justicia, sobre todo en casos relacionados con la violencia de género, por preconcepciones relacionadas con el “ser mujer”. Así, tenemos por ejemplo los casos *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala e I.V. vs. Bolivia*. En el caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú* resulta además muy relevante mencionar que la Corte IDH abunda sobre la prohibición de utilizar estereotipos de género en la valoración de la prueba, cuestión que deviene de suma importancia para apuntalar el derecho de acceso a la justicia.

En *Artavia Murillo vs. Costa Rica* concluye que los estereotipos con los que se juzga la posibilidad de reproducción de las mujeres produce un impacto fuerte en sus vidas.

Los casos más recientes —*López Soto y otros vs. Venezuela y Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*— dan muestra de cómo los estereotipos operan para obstaculizar el acceso a la justicia. En *López Soto*, las denuncias de la violencia sufrida por la víctima no fueron procesadas porque se pensó que se trataba de violencia de pareja, la cual, se consideró, debía quedar exenta de intervención estatal. En el caso *Mujeres de Atenco*, la Corte IDH refiere la violencia verbal y estereotipada de que fueron objeto todas las víctimas en los hechos analizados, tanto por parte de los agentes que las agredieron como de las autoridades ante quienes se denunciaron los hechos de violencia sufridos. En su fallo, la Corte IDH caracteriza la investigación conducida por el Estado mexicano como estereotipante y revictimizante.

La autoridad debe evitar el uso de estereotipos para cumplir con su obligación de promover, proteger y garantizar el acceso a derechos. Para ello, la perspectiva de género es una herramienta indispensable.

Geraldina González de la Vega

540. ESTERILIZACIÓN NO CONSENTIDA

La justicia reproductiva responde tanto a las cuestiones sobre la familia como a cuestiones de justicia social. Hablar de los derechos reproductivos no implica hablar solamente del aborto y el derecho a elegir, sino también del derecho a ser —o no— madre o padre, el derecho a elegir cuándo y cómo serlo y en qué circunstancias. Asimismo, la justicia reproductiva se refiere al derecho a la salud reproductiva y al acceso a la justicia sin prejuicios cuando existen violaciones a los derechos reproductivos. Además, las cuestiones sobre justicia reproductiva deben ser entendidas a través de la perspectiva interseccional, es decir, a través del entendimiento de que no es posible homogeneizar ni esencializar las identidades.

La esterilización se refiere al procedimiento de cesación de la capacidad biológica de reproducción de manera irreversible. Se habla de esterilización no consentida o forzosa cuando este procedimiento se realiza sin justificación en el marco de un tratamiento clínico o médico y se lleva a cabo sin el consentimiento informado de el o la paciente, o mediante un engaño.

La frecuencia de este tipo de prácticas en contextos de guerra o conflicto social ha llevado a su clasificación como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra según el Estatuto de Roma. En muchas ocasiones es una práctica asociada al genocidio. Asimismo, es frecuente este tipo de prácticas en poblaciones históricamente discriminadas y subordinadas. Lo anterior, porque tiene como finalidad evitar la reproducción de grupos específicos de población para castigarles o eliminarles por considerarles inferiores con motivo de su origen, etnia, nacionalidad, religión, tonalidad de piel, estado de salud, discapacidad, entre otras. En algunos países se ha utilizado con finalidades de control de la natalidad; no obstante, es común que se realicen procedimientos de esterilización no voluntarios en niñas, adolescentes y mujeres en situación de vulnerabilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió en el caso *I.V. vs. Bolivia* una cuestión de esterilización no consentida en el que a la señora I.V. —después de haberse realizado una cesárea y al haberse verificado la presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero— se le realizó una “ligadura de las trompas de Falopio”. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural. Se sostuvo que la señora I.V. nunca fue consultada de manera previa, libre e informada respecto de la esterilización, sino que se enteró al día siguiente de practicada, que había perdido su capacidad reproductiva permanentemente.

En esta resolución, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los mismos y de no discriminar, todos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Asimismo, determinó que se violentaron las obligaciones que se desprenden de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de la señora I.V. en relación con su derecho a no ser discriminada.

La Corte determinó que el consentimiento informado de la paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, y que este se basa en el

respeto a su autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, “el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”.

El consentimiento informado consiste “en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”.

La cuestión de las esterilizaciones forzadas afecta de manera desproporcionada a las mujeres, dado que estereotípicamente se asigna a estas la función reproductiva y de planificación familiar. Al tratarse de procedimientos invasivos, violentos y sin consentimiento, la afectación es, además, mucho mayor en mujeres en situaciones de vulnerabilidad, a quienes no les son respetados sus derechos reproductivos o les son violentados con motivos criminales asociados a conflictos bélicos o sociales y, por ello, las esterilizaciones forzadas deben ser entendidas desde una perspectiva interseccional que tome en cuenta la especial situación de vulnerabilidad.

Al respecto, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH dijo que “[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [pues] no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación”.

Por lo anterior, resulta relevante relacionar el concepto principal de la sentencia del caso *I.V. vs. Bolivia* sobre el consentimiento informado con el concepto de justicia reproductiva, toda vez que, en palabras de la propia Corte IDH, “al poner fin de forma permanente a la capacidad reproductiva de la mujer, causando infertilidad e imponiendo un cambio físico grave y duradero sin su consentimiento, la esterilización no consentida o involuntaria puede causar un sufrimiento grave, tanto mental como físico”. Y en este sentido, es deber del Estado asegurarse no solo de no realizar esterilizaciones no consentidas, sino de que sea respetado y garantizado el derecho a expresar el consentimiento informado de cualquier paciente, en especial de las mujeres en situación de vulnerabilidad, y con ello, garantizar su derecho reproductivo asociado a la maternidad.

Geraldina González de la Vega

541. ESTRATIFICACIÓN SOCIAL

De especial relevancia para el jurista, la interseccionalidad —cada vez más presente en las sentencias emanadas de los diferentes órdenes de justicia de los distintos países de América Latina y el Caribe, así como de los órganos del Sistema Interamericano— consiste en la superposición de desventajas o

de criterios de discriminación que potencian la vulnerabilidad de diferentes sujetos de derecho.

El concepto de interseccionalidad, en estricto sentido, describe microprocesos respecto de la forma en que cada individuo y grupo ocupa una posición en la estructura social, razón por la cual deben considerarse conjuntamente las dimensiones y relaciones de clase, género y raza/etnia (raza alude a las características fenotípicas, mientras que etnia se refiere a las características culturales). Las posibilidades de discriminación se potencian de manera considerable cuando, por ejemplo, se une a la pobreza (dimensión de clase) ser mujer (dimensión de género) y pertenecer a una minoría étnica (dimensión de raza/etnia).

En las teorías de estratificación social, tres dimensiones han sido identificadas como elementos clave a la hora de explicar la desigualdad, fenómeno connatural a las sociedades humanas. Así, Giddens define la estratificación como “las desigualdades estructuradas entre diferentes agrupamientos de individuos”. La dimensión de la estratificación más estudiada por las diferentes corrientes teóricas sociológicas en Europa ha sido la clase —de manera principalísima—, a la que se han agregado muchas décadas después dimensiones como el género y la raza/etnia.

En materia de clase, la vigencia de Karl Marx (segunda mitad del siglo XIX) se debe a una serie de factores. En primer lugar, la ocupación sigue siendo el criterio de estratificación más importante y, por ende, el concepto de clase tiene mucho que aportar en el siglo XXI. Conceptos como el de explotación, propiedad, control de los medios de producción, relaciones de producción y relaciones de clase siguen siendo útiles para explicar numerosos aspectos de las estructuras sociales y económicas actuales, si bien el panorama se ha complejizado de manera importante. La ampliación de consideraciones más allá de la clase fue iniciada por Max Weber (a inicios del siglo XX), quien se desmarca de la visión estrictamente economicista de la estratificación social. Amplía su análisis a los órdenes político (los partidos), económico (las clases) y social (los estamentos). Para este autor no hay una separación entre estas dimensiones, pero tampoco dependen unas de otras de manera absoluta. Habrá que esperar más de 50 años para que el género entre como dimensión de estudio. Las corrientes feministas suponen una gran aportación a la concepción multidimensional de la estratificación. La premisa fundamental es que desvincular los efectos de la clase y el género es erróneo, puesto que la estructura ocupacional tiene un sesgo de género. En un segundo momento se añade la dimensión de raza/etnia. Y actualmente se han agregado algunas más, como la edad, la preferencia sexual, entre otras.

La doctrina latinoamericana en materia de estratificación abordó en sus diversas corrientes y etapas todas las dimensiones de la estratificación; sin embargo, la clase no es la dimensión inicial del pensamiento social latinoamericano. La dimensión que articula buena parte de las ideologías predominantes en las repúblicas independientes del siglo XIX es el factor “raza”, en el sentido de que se achaca el subdesarrollo y rezago en comparación a los países europeos (a lo largo de todo el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX) a la composición étnico/racial de la población. Es la conocida como ideología y/o doctrina racista, que impregnó los nuevos estados independientes. Habrá que esperar a los años cincuenta para una primera consideración de la etnia

—asociada con la clase— como dimensión de estudio de la estratificación por parte de los teóricos de la dependencia.

En cuanto al concepto de clase como dimensión prioritaria, el socialismo había permeado lentamente en ciertos grupos intelectuales en el siglo XIX y en las primeras dos décadas del XX. Si bien el primer marxismo que puede denominarse latinoamericano nace en Perú, en la década de los veinte de la mano de Mariátegui, desaparece del panorama intelectual a partir de 1930, hasta su resurgimiento con la Revolución cubana. Los teóricos de la dependencia consideraron que el sistema de clases latinoamericano era segmento del sistema de clases mundial. En dicho segmento convivían estructuras y formas sociales de diversos estadios de evolución económica, razón por la cual no podía definirse la estructura ocupacional en términos de clases sociales. En esa misma línea y añadiendo la dimensión de raza/etnia, la teoría del colonialismo interno (años setenta del siglo pasado) consideraba que las distintas clases sociales explotaban en muy diversas y combinadas formas (feudalismo, capitalismo, esclavismo) a la población indígena en un contexto de yuxtaposición de modos de producción correspondientes a tiempos históricos diferentes dentro del marco global del capitalismo dependiente y de la situación de subdesarrollo. Por su parte, el marginalismo (años setenta del siglo pasado) dividía a la sociedad en un componente dominante (español, criollo o ladino) y en otro dominado (nativo, indio, indígena) a través de la explotación de unos grupos culturales por otros. La marginalidad se concebía de forma multidimensional y entre los factores que la constituyen figuran los de tipo económico-social, como la situación de dependencia estructural (elaborada por la teoría del mismo nombre); los factores de tipo político-social, como el sistema de estratificación y las discriminaciones étnico-culturales; los pertenecientes al orden cultural, como la asimetría entre las zonas rurales y las urbanas (dimensión de tipo de localidad), y entre las regiones atrasadas y desarrolladas (dimensión regional) dentro de un mismo país; y otros tipos. Este tipo de dominación era muy diferente —en la visión del marginalismo— a las desigualdades de una sociedad de clases étnicamente homogénea.

La doctrina contemporánea latinoamericana en materia de estratificación no se ha prologado en estudiar desde el análisis de clase a las sociedades contemporáneas, aunque sí se ha abordado el género, adecuadamente articulado con la clase y la raza/etnia, desde finales de los años ochenta. Para los diferentes teóricos de la estratificación social latinoamericana actual, las diferencias étnicas y raciales en el pretérito contexto colonial constituyeron la médula de la organización social latinoamericana. La persistencia de estos significados y valores en las relaciones de clases, géneros y grupos étnicos en el continente dan cuenta de Estados y sociedades neocoloniales y de colonialismos internos renovados que se han revitalizado durante las últimas décadas por procesos de reordenamiento, liberalización y globalización de las economías de mercado.

Si bien la multiplicidad de actores y factores que complejizan la estratificación social en nuestros días obliga a valoraciones menos radicales, conocer estas dimensiones generadoras de desigualdades —o *cleavages*, para usar la denominación anglosajona— es esencial para la comprensión del fenómeno de la interseccionalidad, presente más que nunca en las sentencias nacionales e internacionales.

Aída Díaz-Tendero

542. ÉTICA JUDICIAL

Introducción. La ética aplicada a la práctica judicial es tan antigua como la acción de decir el derecho entre partes contendientes; sin embargo, la ética judicial —como toda ética aplicada— tiene vida, se mueve y evoluciona al compás de los sistemas políticos y sociales, sobre todo desde que el poder judicial es considerado como un auténtico poder del Estado.

Ahora bien, la ética judicial no es ajena a los valores de la ética clásica, pues virtudes como justicia, equidad, prudencia, responsabilidad, honestidad, excelencia, cortesía, etc., son retomadas en la profesión judicial, al resultar imperativos en la función jurisdiccional, tanto que estos valores se han ido formalizando en reglamentos, códigos o estatutos; contemplándose en la mayoría, si no es que en todos los códigos de ética judicial (Díaz Romero, 2015).

El propio Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (2014) señala que todo juzgador debe desarrollar las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

De ahí que, si tomamos en cuenta que son los juzgadores en quienes primordialmente recae el ejercicio de la ética judicial, también debemos reflexionar lo que se considerará como *necesario* para que puedan emitir resoluciones éticas, ya que, independientemente de las cualidades que debe tener todo juzgador, pensamos que un punto de partida común es el conocimiento de ideas filosóficas embebidas en principios constitucionales tan importantes como la igualdad o libertad y, sobre todo, que sepan la base de los principios de los derechos humanos que tienen todos los justiciables.

Punto de partida. Ronald Dworkin (2010), a partir de una simple reflexión —¿los jueces deben ser filósofos?—, sostuvo que, dada la complejidad de temas como el aborto, la eutanasia o la libertad de expresión, si bien no es imperativo que los impartidores de justicia expresaran ideas filosóficas en sus resoluciones, sí es necesario que sepan lo *suficiente* en temas filosóficos, pues cada vez son más frecuentes los casos con temas que involucran una moralidad, más cuando se toma en cuenta que nuestra Constitución descansa sobre *principios*, y lo más importante: el reconocimiento de que las personas *tienen derechos humanos* y que deben ser protegidos acorde a ellos.

Así, toda persona que imparta justicia no solo debe de contar y tener presente los derechos humanos, sino regirse, al salvaguardarlos, por las virtudes que deben tener los juzgadores, pues es precisamente la racionalización y conciencia de dichos derechos y virtudes lo que determinará una buena actuación judicial.

La ética judicial desde una dimensión intersubjetiva. La ética judicial se ha estudiado primordialmente desde la perspectiva del juzgador, procurando enaltecer las virtudes que este debe tener, así como los principios de actuación que debe seguir. Sin embargo, se ha dejado de lado la relación intersubjetiva que se constituye mediante un proceso de comunicación entre juez y justiciables, siendo precisamente esta donde se materializa la ética judicial.

El referido proceso de comunicación puede considerarse como la transmisión de un contenido subjetivo del emisor al receptor. La comunicación aparece ahora como una consecuencia de que emisor y receptor comparten

y comprenden un conjunto de reglas que poseen una objetividad social. La relación “sujeto-sujeto” es configurada por el sistema de reglas que define una “forma de vida” y que hace posible la integración de las acciones. Este complejo sistema de reglas es lo que se denomina “intersubjetividad” (Serrano, 1998).

De esta forma, a partir de una dimensión subjetiva de la ética judicial, donde se tome en cuenta que las personas tienen fines e intereses y son centros independientes de elecciones y decisiones, los jueces, procurando la observancia de las virtudes, verán a los justiciables desde una perspectiva de igualdad en sus resoluciones y, con ello, se enaltecerá la propia función ética.

Otra forma de ver la ética en la labor judicial. Es importante destacar que, en México, por lo menos en lo que a la ética judicial se refiere, se ha impulsado la consolidación y creación de normas en diversos tribunales que contemplen los principios rectores éticos y básicos del actuar de los juzgadores y formas de sancionar su incumplimiento. Esto debido a que los jueces están obligados a respetar escrupulosamente los derechos de todas las personas que se presenten ante los tribunales (Rothman, 2007).

De esta forma, valdría la pena hacernos una pregunta: ¿cuál es el fin de una sociedad? Precisamente mejorar las condiciones de la vida humana o el de procurar el bien común de la multitud, de tal manera que cada persona concreta —no solo una clase privilegiada— pueda alcanzar esa medida de independencia, que es propia de la vida civilizada y que es proporcionada, al mismo tiempo, por las garantías económicas del trabajo y de la propiedad, por los derechos políticos, las virtudes civiles y el cultivo del espíritu. Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta por todo juzgador (Maritian, 1983).

Para conocer a fondo los derechos y deberes que nacen de la organización social y cómo deben regularizarse en ella los que son independientes de la misma, conviene tener presente que la sociedad no es para bien de uno ni de pocos, sino de todos y, por consiguiente, el poder público que la gobierna no debe ni puede encaminarse al bien de un solo individuo (Balmes, 1941).

De la misma manera en que no se deben perder los principios de la profesión jurídica vista desde el litigio pensándola con fines de lucro y como algo comercial (sir Fred Phillips, 2004), tampoco los jueces deben perder los principios en su labor judicial. La ética judicial se basa en el reconocimiento de la dignidad humana que como personas compartimos, la cual consiste en la búsqueda de un camino a la trascendencia, pues esta existe antes que nuestra voluntad, cuyo fin último es la felicidad. Así, dicha trascendencia se lleva a cabo mediante el reconocimiento de que somos seres dignos y debemos respetar a nuestros semejantes, comenzando por nosotros mismos (Betanzos Torres, 2012). Cuando el presupuesto de dignidad está ausente o es desproporcionado, la igualdad puede ser equilibrada por el juez.

Para concluir. Los juzgadores deben ser conscientes de que los principios sobre los que recae la base de los derechos humanos de las personas son la autonomía, la dignidad y la igualdad. La ética judicial clásica se centra en los atributos y conductas que debe tener todo impartidor de justicia, mientras que —como se expuso— la ética judicial debe, a su vez, tomar en cuenta los principios de los derechos humanos que tiene todo justiciable.

Juan Luis González Alcántara Carrancá

543. EUTANASIA

Comencemos que el concepto de eutanasia es un neologismo. Se encuentra por primera vez en la historia en la obra de Francis Bacon, titulada: *Historia vita et mortis* (Serrano Ruiz-Calderón, J. M., *Eutanasia y vida dependiente*). El filósofo inglés la utilizó para referirse al homicidio compasivo, asistido médicamente, de los pacientes que sufrían gravemente. En nuestra lengua, la entrada del vocablo es bastante reciente. Data, según Juan Corominas (*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*), de 1925.

Es bien conocida la etimología griega de este término: *eu*, que significa bueno, y *thanatos*, que significa muerte. Sin embargo, su significado es sumamente equívoco porque se encuentra ideologizado. Para los antiguos, la “buena muerte” por antonomasia era la de Sócrates, quien sacrifica su vida por un bien superior: la verdad. Para los medievales, por otra parte, una muerte digna es la que corona una vida de logros. El medieval no quería morir repentinamente; antes bien, quería ir preparando su muerte en el continuo sacrificio por los ideales, lo que constituía un auténtico *ars mortis* (o arte de morir). Para nuestra cultura, en cambio, la muerte se ha convertido en un tabú, mientras menos se hable de ella, mejor. La reflexión sobre el propio fenecimiento se ha vuelto incómoda. “Así, por ejemplo, y respecto a la conciencia en el momento de la muerte, mientras que el ideal medieval fue la muerte consciente y el horror estaba representado por la muerte súbita, en el presente el ideal es la muerte indolora y, a ser posible, sin enterarse” (Corominas, Juan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*). La mejor muerte para nuestra cultura es la que llega repentinamente y de forma definitiva.

La “buena muerte”, en su acepción contemporánea, tiene que ver mucho con el concepto moderno de libertad. Si el único derecho absoluto es la libre voluntad, entonces, debe existir un derecho a decidir sobre la propia muerte en caso de necesidad. Es decir, la base fundamental de la eutanasia es el poder irrestricto de disponer de la propia vida. De ahí que algunos autores sustituyan el término eutanasia por el de “suicidio asistido” o “suicidio pusilánime”.

La actual utilización del término eutanasia es muy reducida. Es curioso que en ninguna de sus modernas acepciones “se remita a la culminación de la vida, a la imagen que el hombre deja en la memoria de los hombres, o incluso a la coherencia con algún valor libremente asumido” (EVD). Todo esto podría verse en la idea de buena muerte clásica, pero difícilmente en una eutanasia del presente.

Es difícil encontrar una definición contemporánea de eutanasia, debido a que se la ha intentado definir desde diversas ciencias, lo que trae como consecuencia un acento en tal o cual aspecto parcial. Analizaremos algunas definiciones que, a nuestro modo de ver, reúnen los elementos necesarios para una definición integral de la eutanasia.

La primera es la que da el profesor Jesús Ballesteros: “muerte provocada de modo activo o pasivo para evitar los sufrimientos del enfermo” (*Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida*). Enrique Sánchez nos dice que eutanasia son “aquellas intervenciones — mediante acciones u omisiones — que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de este, bien al considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna” (*La eutanasia ante la*

moral y el derecho). Ana María Marcos del Cano, por su parte, define la eutanasia como “la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo de una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”. Mencionaremos, por último, la definición de Edmund D. Pellegrino, quien acentúa el lado activo de la eutanasia y la inclusión expresa del personal médico: “la muerte intencional de un paciente por un médico, con el consentimiento del paciente, sin el consentimiento por ser este imposible, o cuando el consentimiento es posible pero no se solicita” (*Doctor must not kill, The Journal of Clinical Ethics*).

Sergio Cotta, en su artículo *Aborto ed Eutanasia: un confronto*, exige de una definición de eutanasia cuatro condiciones: 1. Que sea decidida voluntariamente por el sujeto; 2. Que sea reclamada de un tercero; 3. Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, y 4. Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antiodoríficas y no curativas (*Diritto e corporeità*).

Destaca de este bloque de definiciones, por un lado, el carácter voluntario de la eutanasia y, por otro, su carácter de pasiva o activa. En el caso de la voluntariedad, esta puede ser bien la de la propia persona que sufre o la del un tercero, normalmente un pariente cercano, para el caso de que el propio afectado no pueda ejercerla. Hay, como se ve, una sustitución de la voluntad. De ahí que también se distinga entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. En el caso de la actividad o pasividad del homicidio compasivo se hace referencia a los actos positivos que el personal médico realiza para acarrear la muerte, o las omisiones, causándole igualmente la muerte.

De lo anterior podemos deducir cuatro tipos de eutanasia: la activa voluntaria, la activa involuntaria, la pasiva voluntaria y la pasiva involuntaria.

José Luis Soberanes Fernández

544. EXCEPCIÓN/CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Cuando en el curso de un proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, duda de la constitucionalidad (o estima inconstitucional de conformidad con el ordenamiento) de una norma aplicable al caso pendiente (y/o de cuya validez dependa la resolución final y/o dependa la definición del proceso) podrá suspender el juicio y proponer la correspondiente excepción/cuestión de inconstitucionalidad a la corte o al tribunal constitucional. Técnicamente, por tanto, el juez *ad quo* individualiza una cuestión prejudicial (de constitucionalidad) que no puede resolver *incidenter tantum*, por lo que se encuentra obligado a la suspensión del procedimiento en espera de la resolución del juez competente, en este caso, de la corte o del tribunal constitucional. Consecuentemente, en primera instancia, la excepción/cuestión de inconstitucionalidad se identifica como una vía de acceso a aquellos órganos de justicia constitucional establecidos *ad hoc*, en contraposición a la vía directa a través del recurso interpuesto por órganos específicamente establecidos por la ley o la Constitución. Mientras estos últimos impugnan una disposición “sobre la carta” (en los Estados Unidos se diría *on its face*), la ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicabilidad de la norma al interior de un proceso ordinario dirigido a la solución de un caso concreto.

Para la doctrina, este sistema representa un verdadero y propio modelo híbrido de control de constitucionalidad, definido como incidental, que vincula el elemento de la concentración del control con el de la difusión de la iniciativa. El *nomen* elegido, no obstante, puede generar desconcierto sobre la clasificación de los ordenamientos. De hecho, el carácter incidental se ha reconocido inicialmente a los sistemas de control difuso, como el estadounidense, en donde el juez es técnicamente competente para resolver la cuestión *incidenter tantum* (Calamandrei). Al interior de esta modalidad se encuentran las experiencias italiana, alemana y española, a las que se han agregado recientemente casi todos los países de Europa del este y muchos de América Latina, hasta acabar con la reforma constitucional francesa de 2008, que ha introducido la cuestión incidental en el contexto de violaciones a los derechos y libertades constitucionales elevadas por la casación y el Consejo de Estado. Empero, la doctrina comparada se muestra crítica respecto a los modelos tradicionales, ya que, de hecho, tiende a descubrir en el funcionamiento real de los sistemas incidentales un elemento distintivo adicional respecto a las diferentes vías de acceso, que no puede caracterizar en sí mismo un modelo autónomo en función de que ningún ordenamiento con control concentrado lo prevé como el único instrumento de acceso al órgano de justicia constitucional.

Silvia Bagni
(traducción de César Astudillo)

545. EXTRANJERÍA

La delimitación de los derechos y obligaciones de los extranjeros por parte del legislador nacional aparece condicionada por las normas constitucionales y por los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Limitaciones que se suman a las obligaciones que establece el derecho internacional, como las que se encuentran en la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Migrantes Trabajadores y sus Familias. Sería necesario incorporar al análisis el derecho de la Unión Europea y sus interacciones con el Convenio Europeo para completar el marco constitucional de la extranjería en los Estados miembros de esta organización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema de la extranjería en dos opiniones consultivas; la primera, sobre el derecho a la información acerca de la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC 16/99, del 1 de octubre de 1999), y la segunda sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003). En vía contenciosa, podemos destacar la sentencia Vélez Loor contra Panamá, del 23 de noviembre de 2010, en la que se analizan las obligaciones que se derivan del Convenio Americano respecto de la privación de libertad de las personas en situación migratoria irregular. En las reparaciones de esta sentencia se incluyen medidas generales, siguiendo la práctica habitual de la Corte Interamericana. La Corte obliga a Panamá a disponer de establecimientos no penitenciarios con capacidad suficiente para alojar a las personas que son detenidas por cuestiones migratorias. En la sentencia se recuerda asimismo la obligación del

Estado de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales y el deber de los órganos jurisdiccionales de controlar la convencionalidad de las normas internas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una amplia jurisprudencia en materia de extranjería, que va más allá de las disposiciones del Convenio Europeo sobre la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4) y las garantías de procedimiento en caso de expulsión (artículo 1 del Protocolo 7). El Tribunal de Estrasburgo ha deducido del artículo 3 del Convenio (prohibición de tortura) prohibiciones a la expulsión respecto de personas que pueden sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen (pueden citarse como muestra de algunos de los problemas que plantea esta jurisprudencia las sentencias H. L. R. contra Francia, del 29 de abril de 1997, y Saadi contra Italia, del 28 de febrero de 2008), o que padecen una enfermedad grave (sentencia D. contra el Reino Unido, del 2 de mayo de 1997). También ha fijado a partir del artículo 8 del Convenio (vida privada y familiar) límites a la expulsión de quienes tienen fuertes vínculos personales y familiares en el país de acogida (sentencia Boulouf contra Suiza, del 2 de agosto de 2001). Asimismo, hay jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) en relación con las condiciones que deben cumplir las privaciones de libertad en el ámbito de la política migratoria (sentencia Chahal contra el Reino Unido, del 15 de noviembre de 1996). El Tribunal Europeo ha aplicado el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) en varios casos relacionados con la extranjería (a título de ejemplo pueden citarse las sentencias Gebremedhin contra Francia, del 26 de abril de 2007, y Hirsi Jamaa contra Italia, del 23 de febrero de 2012). Por el contrario, el Tribunal Europeo ha rechazado, de forma controvertida, la aplicación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) a los procedimientos migratorios (sentencia Maaouia contra Francia, del 5 de octubre de 2000).

En el plano más procesal, puede destacarse que el Tribunal Europeo ha dictado medidas cautelares en relación con el principio de no devolución, ha incluido medidas generales en la parte resolutive de algunas sentencias, señalando al Estado infractor la necesidad de reformas legislativas o cambios en la práctica administrativa (Aued contra Bulgaria, del 11 de octubre de 2011), y ha comenzado a emplear la técnica de los casos piloto (Kurić y otros contra Eslovenia, del 26 de junio de 2012, en relación con la concesión de permisos de residencia en el contexto de descomposición de la antigua República de Yugoslavia).

Las Constituciones incorporan disposiciones relacionadas con la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de nacionales de otros Estados. En algunos casos son simples referencias puntuales, mientras que otras veces se dedican capítulos o preceptos específicos a los derechos y obligaciones de los extranjeros. Las cláusulas más habituales en las Constituciones latinoamericanas son las relacionadas con el reconocimiento del derecho de asilo, la equiparación con los nacionales en la garantía de algunos derechos básicos (vida, prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, libertades de pensamiento y expresión, intimidad) y la configuración legislativa del ejercicio de la libertad de circulación y residencia. El desarrollo normativo de las condiciones de entrada, estancia, residencia y salida puede

ser objeto de reserva de ley y, en el caso de Estados centralizados, habrá que tener en cuenta las normas de distribución de competencias.

Hay discrepancia entre los textos constitucionales en materia de participación política. En algunas Constituciones se habilita a los extranjeros para ejercer el derecho de sufragio, concretando en algunos casos los requisitos exigibles (cinco años de residencia legal en Ecuador, radicación definitiva en Paraguay, diez años de residencia en Venezuela, residencia habitual de quince años en Uruguay, reciprocidad en la Constitución española) y el tipo de elecciones en el que pueden participar los extranjeros (las Constituciones española y paraguaya limitan, por ejemplo, la participación a las elecciones municipales, mientras que la venezolana lo amplía a las parroquiales y estatales). En otras Constituciones, por el contrario, se establecen cláusulas que prohíben la participación política de los extranjeros (Constituciones de Brasil, México o Nicaragua).

Puede ser preciso acudir a la jurisprudencia para completar el régimen constitucional de la extranjería respecto de cuestiones que no suelen ser expresamente reguladas. Como ejemplo de los temas que las Constituciones no aclaran y sobre los que se han pronunciado algunos tribunales constitucionales o supremos podemos citar los relacionados con los límites en el ejercicio por parte de los extranjeros en situación irregular de algunos derechos (reunión, asociación o sindicación, asistencia jurídica gratuita, educación y asistencia sanitaria) o con las garantías de procedimiento que deben regir la expulsión (presupuestos y límites temporales a la detención y al internamiento, audiencia del interesado en el procedimiento de expulsión —que aparece exigida expresamente en la Constitución mexicana— y sistema de recursos).

Ignacio García Vitoria