

M



MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL LOCAL

La magistratura constitucional local es un concepto que recientemente se ha acuñado en México (con la aparición de la llamada “justicia constitucional local” a raíz de la Constitución del estado de Veracruz, de febrero de 2000) para referirnos al órgano jurisdiccional encargado de proteger la supremacía de la Constitución de cada entidad federativa. En México la magistratura constitucional local tiene diseños diferentes en cada una de las entidades federativas que han incorporado a sus Constituciones instrumentos de control constitucional, así encontramos modelos de magistratura ordinaria que resuelve cuestiones constitucionales a través de sus plenos del Tribunal Superior de Justicia como Veracruz, Tlaxcala y Yucatán; o especializadas en salas constitucionales como los casos de Nayarit y Chiapas. Sin embargo, comparten una característica común: son órganos que siguen la tradición judicialista americana, al estar incorporada en el Poder Judicial estatal la facultad de ejercer el control constitucional.

La configuración, características y diseño de la magistratura constitucional resultan de vital trascendencia si se parte de la premisa que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como una expresión viva del Estado democrático. El éxito de la justicia constitucional en buena medida depende de la configuración de un modelo de magistratura con cualidades de independencia, desde el punto de vista del contenido normativo, es decir, el sistema de garantías constitucionales para proteger a la magistratura y por otra parte las calidades personales de quienes se erigen como guardianes constitucionales. El órgano de control debe reunir características totalmente distintas a la jurisdicción de legalidad u ordinaria; en ello juega un papel fundamental el grado de especialización y perfil que debe tener el juez constitucional, los cuales resultan distintos a los que caracterizan a los jueces ordinarios. El mismo Kelsen en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* identificó el perfil de los integrantes del tribunal constitucional, un número no tan elevado de sus integrantes, la confluencia del Ejecutivo y Legislativo en su designación, la presencia de juristas de profesión especializados, alejados de toda influencia política externa o interna.

Héctor Fix-Zamudio refiere que el estudio de la magistratura constitucional local debe ser abordado desde la perspectiva del derecho constitucional procesal, como una de las garantías constitucionales fundamentales de la jurisdicción constitucional. Es en esta categoría donde se ubica el estudio de la magistratura constitucional, es decir, el conjunto de normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

El fortalecimiento de la Constitución democrática como modelo para las entidades federativas depende en gran medida de las características que se adopten en la formación de la magistratura constitucional. Los principios de independencia, capacidad, inamovilidad, inviolabilidad y perfil de los magistrados constitucionales son elementos que caracterizan la magistratura constitucional.

La independencia es un principio fundamental de la magistratura constitucional, es un elemento consustancial de todo juzgador e infiere la libertad

que tiene cada juez para decidir controversias jurídicas con base en la ley y, en este caso, en la Constitución, libres de cualquier influencia externa no proveniente de la propia norma constitucional.

La capacidad profesional de los magistrados constitucionales tiene una conexión lógica con el conjunto de elementos personales y subjetivos que debe reunir el juez constitucional para hacerse merecedor de asumir la alta misión de ser garante de la supremacía constitucional. El juez, en su carácter de ser humano, estará siempre envuelto en una serie de experiencias, ideologías, pasiones, perversiones, principios, orientación política, etcétera. Además de ello, el juez constitucional debe contar con habilidades que le permitan captar las diferentes aspiraciones de los segmentos de la población para ir confrontándolas en el proceso de interpretación constitucional.

El principio de inamovilidad constituye un elemento externo de la función judicial que se traduce en la garantía constitucional concedida a los jueces para evitar que sean removidos del cargo por circunstancias ajenas a las previstas en la propia Constitución.

La renovación periódica de la magistratura constitucional debe imperar como elemento fundamental del control local, pues permite la incorporación de nuevos criterios que coadyuvan a oxigenar la actividad jurisdiccional, además de evitar que los integrantes del tribunal adquieran compromisos con las autoridades que los nombran o postulan y resten su independencia. Con la renovación periódica de los integrantes del tribunal constitucional se garantiza también el principio democrático; esto permite a los órganos del poder político que confluyen en la designación de los magistrados constitucionales incorporar nuevas generaciones de jueces que vendrán a revolucionar el pensamiento constitucional. Además, se evita caer en una dictadura totalitaria ejercida desde el poder de los jueces.

La inviolabilidad constituye una garantía externa protectora de la función de los integrantes del tribunal constitucional; se manifiesta por medio de la protección que la Constitución consagra a favor de determinados funcionarios del Estado para evitar que sean reconvenidos, perseguidos o reprendidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función pública.

El sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales debe garantizar la participación de los poderes democráticos en la conformación del tribunal constitucional. La intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el proceso de nombramiento de los integrantes de la magistratura constitucional es plenamente justificable porque permite la participación indirecta de los ciudadanos en la formación de un poder del Estado, que no emana de la voluntad popular directa. El tribunal constitucional como órgano del Estado debe tener una legitimación democrática que emana de los órganos de representación popular.

La inmunidad procesal como garantía de la función judicial se expresa como la imposibilidad de que los jueces constitucionales sean enjuiciados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones o bien sean llevados a un proceso penal por la comisión de delitos durante el ejercicio del cargo.

Pedro Antonio Enríquez Soto

MAGISTRATURA ESTATAL Y CONSEJOS DE LA JUDICATURA

En una Federación como México existe el poder federal y los poderes locales, cada uno con sus funciones establecidas desde las constitucionales nacionales en diversos grados y las Constituciones locales.

En México, el reconocimiento y la función del Poder Judicial de los estados se encuentran contenidos en la frac. III del art. 116 de la Constitución Federal (CPEUM), que en su redacción original de 1917 no señalaba nada al respecto. A la fecha, esa fracción ha tenido dos reformas. En la CPEUM no hay indicación de los consejos de la judicatura estatal, dejando libertad de configuración a los estados y desarrollándose posteriormente por la Suprema Corte, como veremos.

La primera reforma —martes 17 de marzo de 1987— estableció por primera vez en la Constitución mexicana los parámetros de los poderes locales, reconociendo la división de poderes en cada uno de los estados e incluyó en la CPEUM las bases para la regulación del Poder Judicial estatal. Su objetivo fue perfeccionar la administración de justicia en México.

De manera individual fueron seis los lineamientos que se incluyeron y que garantizarían la independencia del Poder Judicial —*cf.* Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal*, Porrúa, 2010—.

En el párrafo segundo el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial, al garantizar que el ejercicio de las funciones de magistrados y jueces se regule en los textos constitucionales estatales y en las respectivas leyes orgánicas.

En el tercer párrafo la obligación de cumplir con los mismos requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia.

El cuarto párrafo las características que deben ser tomadas en cuenta al hacer los nombramientos de jueces y magistrados.

En el párrafo quinto la facultad de los tribunales superiores de justicia para designar a los jueces de primera instancia o sus equivalentes, en cualquiera de los estados.

En el párrafo sexto el tiempo durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, pudiendo ser reelectos y cuya permanencia dependerá únicamente del desarrollo de sus funciones, pudiendo ser privados solo en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del estado.

En cuanto al último párrafo, la remuneración que los empleados del Poder Judicial deben percibir y que debe de cumplir con las siguientes características: adecuada, irrenunciable y no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

La segunda reforma constitucional —31 de diciembre de 1994— afectó, por un lado, lo relacionado con los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado, y derogó la facultad dada a los tribunales para nombrar jueces, que se consideró rígida, por una más flexible que permitiera a los estados decidir cómo se harían estos nombramientos.

La magistratura estatal no puede estudiarse o entenderse a cabalidad si no se estudia en el desenvolvimiento político real dentro de una Federación, lo que la hace convivir con el tema del *federalismo judicial*.

En México encontramos 3 diferentes acepciones sobre *federalismo judicial*: a) como defensa de la legalidad estatal, entendido como *casación*; b) como defensa de la constitucionalidad nacional; c) como defensa de la constitucionalidad estatal o local —*cf.* Collí Ek, Víctor, “Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 17, 2013—.

En un primer discurso o sentido, escuchamos hablar de *federalismo judicial* como la creación de cortes estatales de casación, que a manera del modelo francés reconcilien a la norma jurídica no satisfecha. Esto se enlaza con el tema del amparo en negocios judiciales, la idea de que el juicio de amparo permite a los tribunales federales revisar las sentencias definitivas de los tribunales locales, y con esto tener capacidad de decisión sobre todo aquello que pueda ser materialmente jurisdicción de los estados, algo que se ha arreglado un poco con la reforma a la CPEUM, respecto al juicio de amparo del 6 de junio de 2011, donde se le otorgó mayor autonomía a las decisiones de los tribunales locales.

En el segundo sentido, por ese término se suele entender las consecuencias de una interpretación de la CPEUM, o comúnmente llamada control difuso, lo que durante décadas se prohibió por la Corte mexicana, algo que a partir de junio de 2011 ha ido cambiando, especialmente con la revisión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, con la introducción del *principio pro persona*.

El tercer sentido sobre el federalismo judicial deviene igualmente del entendido de un sistema de defensa judicial de la constitucionalidad, pero atendiendo a la naturaleza federal de México, esta constitucionalidad ahora se refiere a los textos fundamentales de cada estado. En este entendido, federalismo judicial sería igualmente la facultad de los tribunales estatales de decidir a partir de su Constitución local. Algunos esfuerzos se han generado para introducir sistemas de control constitucionales en las Constituciones estatales, el primero de ellos fue el estado de Veracruz en 2000 y a partir de ahí, cada vez más estados han logrado introducir estos sistemas en sus textos constitucionales, generándose una variada muestra de desarrollo.

Si el establecimiento de los Poderes Judiciales locales en el texto constitucional fue necesaria, y la interacción de estos poderes a través de la magistratura y jueces locales se ha hecho fundamental, analizada la situación actual de su actuación, vistos los tres ángulos del federalismo judicial, un tema trascendente para el desempeño legítimo de los jueces locales ha sido históricamente y lo es en la actualidad el de la garantía de su independencia.

Es aquí donde vemos que se ha introducido a la escena los Consejos de la Judicatura, que como se ha indicado no hay un mandato de la CPEUM para su inclusión en todos los estados —aunque a la fecha 24 estados contemplan un órgano de administración y vigilancia en sus Constituciones estatales (*cf.* Collí Ek, 2013)—, pero la Corte en su jurisprudencia de la independencia judicial ha señalado la necesidad de incluirlos en las cartas fundamentales locales.

Si el texto constitucional estableció los lineamientos de la magistratura estatal, una de las grandes tareas del desenvolvimiento adecuado de su fun-

ción ha sido la defensa de su independencia, esto ha encontrado un refrendo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, en su interpretación de los alcances de la garantía de independencia judicial estadual, ha establecido grandes criterios, de los que se pueden destacar el establecimiento de requisitos mínimos que las Constituciones locales deben contemplar —*cfr.* Colli Ek, Víctor, “La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 20, 2012—.

Estos requisitos implican la previsión de: *a)* número de magistrados determinado del órgano cúspide del Poder Judicial de los estados; *b)* los jueces de primera instancia; *c)* cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del Poder Judicial del estado; *d)* órgano del Poder Judicial del estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del Poder Judicial del estado, así como el garantizar las condiciones de su ingreso, formación y permanencia, donde entran a la escena los consejos de la judicatura local; *e)* las atribuciones esenciales del órgano cúspide; *f)* el o los órganos que participan en el procedimiento y el mismo procedimiento para nombrar magistrados; *g)* los requisitos mínimos para ser nombrado juez; *h)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados; *i)* el órgano u órganos competentes —colegiados— para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados; *j)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los jueces; *k)* el órgano competente —colegiado— para resolver sobre la remoción de los jueces; *l)* el procedimiento de remoción de los jueces, *m)* un sistema que garantice la permanencia de los magistrados.

Victor Manuel Colli Ek

MAGNA CARTA LIBERTATUM

La *Magna Carta Libertatum* es la Gran Carta de las libertades que el Rey Juan Plantagenet (mejor conocido como Juan Sin Tierra) fue obligado por sus barones a conceder y firmar cerca de Runnymede, el 15 de junio de 1215. Representó el primer documento fundamental para la concesión de los derechos de los ciudadanos y, entre otras cosas, prohibió al soberano establecer nuevos impuestos sin el previo consentimiento del Parlamento, y garantizó a todos los hombres que no pudieran ser encarcelados sin antes haber tenido un juicio regular (*habeas corpus*), reduciendo así el poder arbitrario del rey en términos de arresto preventivo y detención. En el transcurso de los siglos, la *Magna Carta* ha sido varias veces modificada, pero sigue siendo hasta la fecha una de las fuentes escritas de la Constitución no codificada del Reino Unido.

Justin O. Frosini
(traducción R. Tolentino)

MANIFESTACIÓN DE PERSONAS

El proceso foral aragonés de *manifestación de personas* era un medio de defensa *ex profeso* de salvaguardia y custodia de la libertad personal que estatúa el *privilegio general*. Su función teleológica es comparada con el interdicto *homine*

libero exhibendo y con el *habeas corpus*, precedentes español, romano e inglés, de los procesos constitucionales de la libertad contemporáneos.

La *manifestación de personas* se define como la facultad del justicia mayor o de sus lugartenientes de emitir una orden de mandato a cualquier juez u otra persona que tuviera ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual, si la sentencia no estaba viciada, el justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que dicha sentencia se cumpliera del modo ordinario.

A través del proceso de *manifestación de las personas* se apartaba a la autoridad de su acción contra la persona previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses y de quienes habitasen Aragón, aunque no fuesen naturales del reino. Se demandaba por quien, preso o detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría al justicia contra la fuerza de que era víctima y, en su virtud, en ciertos casos quedaba libre un día, aunque en lugar seguro y si examinado el proceso debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde, al amparo del *justicia mayor*, esperaba, sin sufrir violencias, el fallo que recayera. Ese procedimiento garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad.

La *manifestación de personas* tuvo su época de máximo prestigio durante el periodo foral, ya que fue solo hasta entonces cuando esa clase de procesos se dieron en todas sus categorías y en todos sus tipos en la fase *post foral*, esa clase de procesos comenzó a disminuir notoriamente, tanto en sus antiguos prestigios y eficacia, supuesto que fue abolida la manifestación de las personas, quedando ésta en manos de los jueces reales, con lo que, naturalmente, se perdió uno de los privilegios que más cualificaban a las llamadas “libertades aragonesas”. El verdadero origen, así como la auténtica significación de la *manifestación de personas*, fue el siguiente: el de librarlas de la opresión que padecieron, ya fuese por torturas, o bien, de alguna prisión inmoderada, que hubiese sido decretada por los jueces reales.

Al igual que el *jurisfirma*, el proceso foral aragonés de *manifestación de personas* desaparece mediante los decretos de Nueva Planta del 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto del 29 de julio de 1707, expedido por Felipe V, primer rey borbónico.

Finalmente, debe advertirse que la *manifestación de personas* es un precedente del amparo porque tiene análoga estructura procesal y similares efectos a éste, en específico, dentro de su sector conocido por la doctrina como *amparo libertad* o *hábeas corpus*.

Juan Rivera Hernández

MARBURY VS. MADISON

Si las revoluciones francesa y americana, con sus grandes declaraciones de derechos, pueden considerarse como el hito histórico a partir del cual se inicia el largo periplo del derecho constitucional en la afirmación de la dignidad humana y los valores de libertad e igualdad, la sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso

Marbury vs. Madison, puede ser considerada también como el hecho histórico más importante que ha marcado una ruta vital en la protección jurisdiccional contemporánea y cosmopolita para el mundo occidental de dichos valores: la concreción tan explícita que hizo el *Chief Justice*, John Marshall, de la posibilidad de que los jueces examinen la constitucionalidad de las leyes.

La impronta creadora de Marshall no tendría, sin embargo, un efecto inmediato. La doctrina de la *judicial review* por él expuesta en el famoso fallo no sería aplicada sino hasta muchos años después por la Corte Suprema estadounidense en el no menos famoso caso *Dred Scott vs. Sanford*, en 1857; no obstante, la huella de Marshall ha sido determinante en la asunción de dicha facultad por los jueces norteamericanos y, por ende, en la evolución misma de su derecho constitucional. Hoy, Marshall es considerado uno de los mejores jueces de la historia norteamericana y el caso *Marbury vs. Madison* uno de los más emblemáticos fallos de la Corte Suprema y su estudio imprescindible en cualquier manual de derecho constitucional de ese país.

Los hechos del caso, en esencia, eran los siguientes: el presidente de los Estados Unidos, John Adams, le había propuesto a John Jay, a la sazón primer presidente del Tribunal Supremo de la Nación (1789-1795), para que siguiera en el mismo cargo; esto es, para que fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado la propuesta. En vista de ello, y ya en los tramos finales de su presidencia, Adams hizo dos nombramientos si bien con aprobación del Senado: por un lado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación, quien era uno de sus hombres de confianza (había sido su secretario de Estado), y a Marbury, otro miembro de su partido, para el cargo de juez federal del distrito de Columbia. A John Adams le sucedería, en la presidencia de los Estados Unidos, el flamante mandatario Jefferson. Sin embargo, el decreto de nombramiento para el cargo del juez federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había petitionado que se le entregara la credencial correspondiente por el secretario de Estado, quien recaía en la persona de Madison, nombrado por la administración del presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido; sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviese la credencial. Frente a tales hechos, Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de mandamiento (*Writ of mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una Ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del Tribunal, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del presidente y del secretario de Estado. Pero luego razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que libere órdenes

a la administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo la debía declarar inaplicable por esta razón.

A decir verdad, Marshall constituye uno de los más grandes magistrados de todos los tiempos, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos. Bernard Schwartz ha quintaesenciado bien las características de este *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación: *a)* en primer lugar, se evidencia claramente en la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional; *b)* en segundo lugar, se constata en Marshall su liderazgo judicial, cuyo Tribunal duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de predios castrenses; *c)* en tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba en la formalidad del cargo de presidente del Tribunal Supremo sino, y básicamente, por la forma en cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban, y *d)* Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del derecho norteamericano debido a la calidad de sus sentencias .

Pero, además de ello, es también John Marshall un gran precedente en la literatura jurídica sobre la teoría de la argumentación, como lo pone de relieve Carlos S. Nino, cuando pretende descubrir en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* la denominada “lógica Marshall”, que formula en los términos siguientes: *a)* premisa 1: el deber del Poder Judicial es aplicar la ley; *b)* premisa 2: cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra; *c)* premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley; *d)* premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida; *e)* premisa 5: la negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso; *f)* premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución; *g)* premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria; *h)* conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

En consecuencia, el fallo de *Marbury* viene a ser, a todas luces, una pieza de razonamiento que antecede a la actual teoría de la argumentación jurídica. Y es que Marshall no encontró más que una norma y, a partir de ella, la Constitución, afirmó un razonamiento práctico formidable. Marshall se encontró con un papel —la Constitución— y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso. En suma, llegó al razonamiento jurídico de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un poder constituido, y una Constitución, fruto de un poder constituyente, el juez debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma, siempre en el curso de un proceso concreto (*case or controversy*).

A doscientos diez años de esta famosa sentencia, esto es, a más de doscientos diez años de inaugurado el sistema de revisión judicial de las leyes en Estados Unidos, la evolución de esta potestad jurisdiccional ha sido muy amplia y el control de los jueces sobre la política ha abarcado materias muy diversas que van desde el comercio hasta el polémico tema del aborto. Asimismo, el carácter de dicho control también ha sufrido muchos cambios, que van desde iniciales épocas de acentuada restricción como en la era *Lochner*, donde la Corte Suprema y los jueces eran más bien permisivos a las medidas dictadas por el Congreso y el gobierno, hasta momentos de gran activismo judicial como en la época del no menos famoso *Chief Justice* Earl Warren.

Gerardo Eto Cruz

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Es un ingrediente esencial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde hace décadas. Una herramienta probablemente *necesaria* para una protección internacional en un escenario de intenso pluralismo cultural como es el europeo. Pero no por ello menos *controvertida*, dada la inseguridad jurídica que produce su aplicación, y el debilitamiento de la garantía jurisdiccional de los derechos en algunos casos, si bien, en otros, puede ser bueno que la solución del conflicto no sea común. Se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada *concreción* o dependencia del contexto. Es fruto de una interpretación tópica más que sistemática y se presta mal a análisis abstractos.

I. SOBERANÍA NACIONAL Y SUBSIDIARIEDAD. Bajo la doctrina del margen subyace la soberanía de los Estados; pero los derechos humanos son hoy un serio límite a la misma y la relativizan en el seno de una protección colectiva: una soberanía en transición. Esta doctrina no está recogida de forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni fue debatida en los trabajos preparatorios. Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, propia de una protección internacional, que debe producirse siempre después de la interna y en defecto de la misma —agotados los recursos previos—, y que, en sí misma, parece comportar un limitado poder externo de sustitución.

II. ORIGEN, CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN. Procede de las técnicas del Consejo de Estado francés y de la categoría de discrecionalidad administrativa. Pero el Tribunal Europeo (TEDH) ha desarrollado la idea con perfiles propios. No obstante, fue la Comisión quien la creó en casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia por implantar medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al art. 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones en supuestos de guerra o de peligros públicos. El margen está allí ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar la situación de emergencia, que limitaba la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen excepcional que explica la tosquedad de la técnica, pero que corresponde mal con su normalización como herramienta jurisdiccional. El TEDH nunca la ha definido con precisión, pero ha invocado la subsidiariedad

como su fundamento, y reclamado la libertad de configuración del legislador nacional para cohonestar intereses complejos y contrapuestos. El margen traza una imprecisa línea divisoria entre las cuestiones sobre derechos que deben decidir las autoridades nacionales, y las que deben armonizarse a nivel europeo, fijándose unos estándares mínimos y comunes. El Convenio Europeo no es una declaración federal de derechos y cierta autocontención del TEDH parece normalmente necesaria en terrenos como son la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración doméstica de los derechos por el legislador. La justificación de esta cortesía o deferencia no es otra que el carácter internacional de la garantía y el fuerte pluralismo cultural de los pueblos europeos.

III. ELEMENTOS DEL JUICIO SOBRE EL ALCANCE DEL MARGEN. PROPUESTAS DE DESAGREGACIÓN. Son diversos los elementos que el TEDH pondera en la determinación de este margen, tantos que producen la sensación de una simple *commixtio*. Además no siempre se explicitan las verdaderas razones de la autocontención, como en toda buena diplomacia. Tres son los más importantes. Primero la existencia o no de un mínimo denominador común europeo en la regulación de la institución controvertida: un *common background*; se investiga —cada vez más— mediante el uso de un singular método comparado y es el ingrediente central. Segundo, la naturaleza del derecho vulnerado, pues no cabe margen alguno en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, mientras, en un círculo externo de derechos —así la propiedad—, el escrutinio europeo puede ser menos intenso. Tercero, el objeto de la regulación, cuestiones como son las atinentes a la libertad religiosa —el uso del velo o del crucifijo en las escuelas...— o las leyes electorales donde las situaciones nacionales son muy dispares se prestan a permitir respuestas diferentes a los Estados; pero son pautas imprecisas y el uso del margen se revela de geometría variable. A veces incluso se invoca el margen de forma retórica en las sentencias para, legítimar la decisión, y se procede inmediatamente a un escrutinio estricto. Algunos hemos realizado propuestas de desagregación de estos ingredientes, demandando al TEDH una mayor motivación y explicitación del fundamento del recurso al margen.

IV. INTEGRACIÓN EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. El margen debe integrarse como un ingrediente más del juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación plena que permita no entrar a revisar la interferencia en ciertos casos, si el fin de la restricción es legítimo, la medida es necesaria en una sociedad democrática según las autoridades nacionales, y todo ello no resulta arbitrario o irrazonable a los ojos del TEDH. El margen puede esgrimirse a instancia de parte o de oficio, para reducir la intensidad del control europeo.

V. CRÍTICAS DOCTRINALES. ¿UNIVERSALISMO O LOCALISMO? ¿No sería más deseable crear un *ius commune* en la cultura de los derechos? ¿No debería prevalecer el uso de lo que he llamado un “principio de integración funcional”? Tres tipos de respuestas doctrinales se han producido. Unos creen que el margen es una doctrina resbaladiza y elusiva que lleva a abdicar del enjuiciamiento europeo en casos difíciles y políticamente sensibles. Otros, por el contrario, alaban este pragmatismo como manifestación de prudencia y respeto al plura-

lismo, y de freno a un creciente universalismo de los derechos, supuestamente carente de legitimidad democrática. Una tercera perspectiva más matizada, en la que me ubico, observa esta herramienta multiusos como inevitable en una protección internacional y en el actual estadio de la integración europea, pero defienden que su uso jurisdiccional debe ir paulatinamente decreciendo hasta devenir excepcional, al tiempo que demandan un empleo más analítico y motivado de la misma.

VI. ¿PROCEDE SU TRASPLANTE AL SISTEMA INTERAMERICANO? Debería operarse con suma prudencia. Hasta ahora la Corte IDH no ha usado, deliberadamente, esta técnica; su empleo no pasa de su mención en algún voto particular u opinión consultiva. Si bien comienzan a aparecer algunas tentativas doctrinales, pero la situación no me parece la misma que en Europa. No existe en América Latina un pluralismo de lenguas, religiones, culturas políticas y jurídicas tan intenso; la homogeneidad iberoamericana es mucho mayor y arranca de los amplios espacios culturales supraestatales tanto en los tiempos precolombinos como en los de la vieja colonia. Esta situación debería facilitar un entendimiento relativamente uniforme de los derechos fundamentales en la región por las muchas ventajas que comporta para su garantía, eficacia y para la integración. La doctrina del margen puede ser inevitable en Europa, con el fin de que el TEDH no pierda el consentimiento de los Estados en una protección que es aún más internacional que constitucional, pero lo óptimo es el respeto a los justiciables y la reparación de los derechos de las víctimas. No obstante, los actores del sistema interamericano podrían quizás repensar dónde puede dejarse un espacio de discrecionalidad a los Estados para asegurarse de su colaboración activa. Ese lugar no puede ser otro que el cumplimiento de las sentencias. Frente a la amplia tipología de medidas de reparación — muy singulares e intensas — dictadas por la Corte IDH quizás podría confiarse más en la voluntad de los Estados en su determinación y concreción — al modo europeo — y dejarles un espacio para la implementación de la doctrina, pero para eso no creo que haga falta trasplantar el nombre de la herramienta. Temo que un trasplante del margen beneficiase a aquellos Estados que lesionan derechos fundamentales con frecuencia y luego se resisten a repararlos, invocando su soberanía y — supuesta — legitimidad democrática desentendida del Estado de derecho.

Javier García Roca

MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA

La expresión “medio ambiente” tiene un valor polisémico con lo que resulta complicada la determinación de sus contornos definitorios; dificultad conceptual que se trasluce incluso en la calificación jurídica del “derecho al medio ambiente”, que surge como expresión de la progresiva “toma de conciencia” acerca del potencial carácter destructivo que resulta como consecuencia de diversas actividades relacionadas con el desarrollo económico y tecnológico, y que se ha venido regulando en varios ordenamientos jurídicos, con especial incidencia en los ámbitos internacional y europeo, lo que lo ha convertido

en uno de los llamados “nuevos derechos” más discutidos en la doctrina y la jurisprudencia.

Como consecuencia del silencio originario de la Constitución italiana, durante mucho tiempo la protección del medio ambiente ha recaído en la jurisprudencia, cuyo papel en la definición del medio ambiente como valor constitucionalmente significativo no puede entenderse adecuadamente sin tener en cuenta de forma paralela el desarrollo del derecho comunitario al respecto. De hecho, no ha sido sino hasta con la L. Const. 3 de 2001 que reformó el título V de la parte II de la Constitución, cuando se incluye en el art. 117 de la Constitución los términos “medio ambiente” y “ecosistema”, aunque sin especificar ninguna definición “jurídica”.

La introducción, aun a nivel constitucional, del concepto de “medio ambiente” ha creado el problema (en cierto modo, nuevo) de su relación con el concepto de “paisaje”: relación que no es aclarada expresamente por ninguna disposición constitucional, si bien ha sido tratada por la jurisprudencia (véase la sentencia 1029 de 1988 por la que la Corte Constitucional ha evidenciado el vínculo entre el medio ambiente y la protección del paisaje, concebido con una visión amplia, “basado principalmente en los intereses ecológicos y por lo tanto en la protección del medio ambiente como un bien unitario, aunque compuesto de muchos aspectos para la vida natural y humana”).

Sí, originalmente, la Constitución italiana sólo mencionaba el concepto de “paisaje” (art. 9o. de la Constitución), la tendencia predominante en los últimos años parece haber sido la de una progresiva “atracción” de la protección del medio ambiente hacia el ámbito de la salvaguardia del paisaje, lo que ha marcado la evolución del paisaje de una concepción meramente “estética visual” a una más moderna y elaborada consideración del paisaje como un “valor primario” y “absoluto” (*ex plurimis*, Corte Constitucional sents. 183 y 182 de 2006), que debe entenderse como “la morfología del territorio” que incluye “el medio ambiente en su aspecto visual” (sent. 272 de 2009).

Así, el concepto de paisaje, en ciertos aspectos, coincide con el de territorio y, en otros, con el de medio ambiente, sin que entre, en cambio, por completo en ninguno de los dos (*cf.* Corte Constitucional sent. 367 de 2007).

El derecho al medio ambiente, además de las referencias presentes en el texto constitucional y de la interpretación ofrecida por la rica jurisprudencia, especialmente del juez constitucional, encuentra un importante ámbito de regulación en la legislación ordinaria, en particular en el Decreto Legislativo 152/2006 (el llamado Código del Medio Ambiente), que, por lo demás, recoge multitud de normativa europea. De este texto es posible extraer también una definición “jurídica” del medio ambiente, incluso indirectamente, mediante la definición de “impacto ambiental” contenido en el art. 5o., párrafo 1, letra c, del D. leg. 152/2006.

Como ya se ha señalado, la jurisprudencia constitucional y, aun antes la ordinaria, había concedido un reconocimiento específico al derecho al medio ambiente mediante los parámetros de los arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución. Ya a finales de la década de los setenta, de hecho, la Corte Suprema de Casación, en las sentencias 1463 y 5172 de 1979, ha hecho derivar del art. 32 de la Constitución un derecho a vivir en un ambiente sano, y la Corte

Constitucional, con las sents. 88 y 101 de 1979, y 391 de 1989, ha entendido que el “derecho a un ambiente saludable” tiene plena operatividad y eficacia en las relaciones entre particulares.

Aunque la Corte Constitucional ha mostrado cierta sensibilidad hacia los temas ambientales ya con las sents. 239 de 1982 y 359 de 1985, sin embargo, en la evolución de su jurisprudencia son cruciales las sentencias 210 y 641 de 1987. En la primera la Corte Constitucional, al confirmar la legitimidad de las competencias atribuidas al por entonces recién creado Ministerio de Medio Ambiente, ha reconocido la existencia de “valores constitucionales primarios —como el medio ambiente y la salud (arts. 9o. y 32 de la Constitución)— a la luz de los cuales se está produciendo una reconsideración unitaria de la protección del medio ambiente como un derecho fundamental de la persona e “interés fundamental de la colectividad”. Con la posterior sentencia, 641 de 1987, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de definir el medio ambiente como un “bien material unitario” y “valor primario y absoluto”, cuya tutela puede fundamentar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, en virtud del art. 2043 cc., ante el juez ordinario.

La jurisprudencia posterior se ha movido desde entonces en la dirección de fijar los intereses ambientales al orden de los valores constitucionales.

El medio ambiente se convierte así en un valor constitucionalmente protegido, desvinculado de una perspectiva de naturaleza subjetiva que la había caracterizado hasta ese momento, cuyas exigencias de protección, si bien atañen a una amplia gama de sectores, sobre los cuales se mantienen competencias diversas, no se limitan al dictado de éstas sino que implican una visión global e integrada, una síntesis de una pluralidad de aspectos, a veces incluso en conflicto (*cf.* Corte Constitucional, sents. 356 y 302 de 1994).

Otro momento crucial llegó con la mencionada reforma del título V de la Constitución.

Como se anticipó, el art. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución asigna la “protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural” a la competencia legislativa exclusiva del Estado, dejando a la competencia legislativa compartida entre Estado y Regiones algunas materias reconducibles también a la protección del medio ambiente, tales como la protección de la salud, la promoción del patrimonio cultural y del medio ambiente, y la promoción y organización de actividades culturales, el gobierno del territorio, la investigación científica y tecnológica, y el apoyo a la innovación en los sectores productivos, la protección civil, la producción, transporte y distribución nacional de energía (art. 117, párrafo 3).

En este contexto, dada la dificultad de distinguir los límites de muchos de los ámbitos materiales mencionados, la Corte Constitucional ha conocido de numerosos recursos cuya jurisprudencia ha desempeñado un papel clave en la definición no solo del conjunto de las competencias, sino también de las diferentes maneras de tutela medioambiental.

Si ya la jurisprudencia constitucional anterior a la nueva formulación del título V de la Constitución le había permitido obtener una “configuración del medio ambiente como «valor» constitucionalmente protegido, que, como tal, esboza un tipo de materia «transversal», en razón de la cual se manifiestan

diversas competencias, que bien pueden ser regionales, correspondiendo al Estado las determinaciones que respondan a exigencias necesarias para una uniforme disciplina en todo el territorio nacional” (en este sentido *cf.* Corte Constitucional, sent. 407 de 2002, que invoca las decisiones n. 507 y n. 54 de 2000, n. 382 de 1999 y n. 273 de 1998), es con la sent. 407 de 2002 que la Corte ha establecido que “la evolución legislativa y la jurisprudencia constitucional llevan a excluir que se pueda identificar una «materia» en sentido técnico, calificable como “protección del medio ambiente”, desde el momento en que no parece que se pueda configurar en rigor una esfera de competencia estatal estrictamente delimitada y acotada, ya que, por el contrario, ella choca y se entrecruza inextricablemente con otros intereses y competencias” (en este sentido *cf.* sents. 536 de 2002, 222 de 2003, 62 de 2005, 108 de 2005, 214 de 2005, 232 de 2005, 182 de 2006).

A partir de 2007, sin embargo, se ha producido un parcial cambio de rumbo en la jurisprudencia constitucional: con la sentencia 378 parece abandonarse el enfoque conceptual que se inició con la sentencia n. 407 de 2002, para pasar a concebir la “protección del medio ambiente y del ecosistema” del artículo. 117, apdo. 2, letra s, de la Constitución, como una verdadera y propia “«materia» para el reparto de competencias legislativas entre el Estado y las regiones”, de “un bien vital, material y complejo, cuya disciplina comprende la protección y preservación de la calidad y estabilidad de cada uno de sus componentes singulares”.

Si bien se viene reconociendo que “junto al bien jurídico medio ambiente en sentido unitario, pueden coexistir otros bienes jurídicos que tienen por objeto componentes o aspectos del bien medio ambiente, pero que implican diferentes intereses jurídicamente tutelados” a nivel competencial regional, la consulta ha precisado que “la disciplina unitaria del complejo bien medio ambiente, que compete de manera exclusiva al Estado, viene a prevalecer sobre la normativa de las Regiones y Provincias autónomas, en asuntos de su propia competencia, y en relación a otros intereses”, por la cual tales entes “no pueden en modo alguno derogar o rebajar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado” (en este sentido, *cf.* Corte Constitucional, sents. 104, 105 y 214 de 2008, pero en un sentido parcialmente disconforme sent. 380 de 2007).

La más reciente jurisprudencia constitucional ha reforzado la necesidad de una protección unitaria del medio ambiente, si bien ha tratado de evidenciar los distintos espacios de diferenciación entre conceptos o ámbitos materiales vecinos. Así, con la sent. 12 de 2009, la Corte Constitucional ha tratado de aclarar los conceptos de “medio ambiente” y de “ecosistema” al afirmar que “cuando se refiere al medio ambiente, de acuerdo con la competencia legislativa exclusiva del Estado conforme a la letra s del segundo párrafo del art. 117 de la Constitución, las consideraciones relacionadas con tal materia se entienden también hechas, de manera estrechamente relacionada a aquella de «ecosistema». Por otra parte, aunque los dos términos expresan valores muy próximos, su doble uso, en la citada disposición constitucional, no se resuelve en una hendíadís, en cuanto que con el primer término se quiere, sobre todo, hacer referencia a aquello que guarda relación con el hábitat de los seres

humanos, mientras que con el segundo, a aquello que guarda relación con la conservación de la naturaleza como un valor en sí mismo”.

Posteriormente, la Corte ha tratado de aclarar aún más el concepto de medio ambiente, y los márgenes de legítima intervención regional en las materias relacionadas con el mismo, estableciendo que compete al Estado la determinación de “estándares mínimos” que garanticen una “protección «adecuada y no reducible» del medio ambiente” (sent. Corte Constitucional 61 de 2009), siendo, de todos modos posible que las regiones decidan garantizar mayores niveles de tutela más garantista (sent. 225 de 2009). En esta línea discurren también, *ex plurimis*, las sentencias 315 de 2009; 1, 67, 101 de 2010; 66 y 278 de 2012, y 9, 58, 93 y 145 de 2013.

Particularmente claro resulta el íter argumentativo de la sentencia 9 de 2013: la Corte Constitucional, en resumen de su propia jurisprudencia sobre el tema, ha afirmado que “cuando el carácter transversal de la normativa relativa a la protección del medio ambiente y del ecosistema comporta fenómenos de solapamiento con otros ámbitos competenciales (...)” la prevalencia debe “ser asignada a la legislación estatal frente a aquella que compete a las regiones y provincias autónomas, en las materias de competencia propia transversalmente afectadas. Ello en relación al hecho de que la disciplina unitaria y general del medio ambiente y del ecosistema es inherente a un interés público de valor constitucional primario y absoluto y debe garantizar un elevado nivel de tutela, y por tanto inderogable otras disciplinas del sector. En este sentido, por lo tanto, la competencia que resulta de otras materias atribuidas a la región se vuelve necesariamente reducida, pues no puede en modo alguno derogar el nivel de protección medioambiental establecido por el Estado (sents. 278 de 2012 y 378 de 2007)”.

Por último, con la sentencia 85 de 2013 la Corte Constitucional ha entrado a juzgar el difícil equilibrio de intereses y valores constitucionales en conflicto, como el derecho al medio ambiente, el derecho a la salud —y, en concreto, a vivir y trabajar en un entorno saludable—, el derecho al trabajo y el mantenimiento del empleo o el derecho a la iniciativa económica privada.

El breve marco jurisprudencial apenas descrito nos permite comprender que el reconocimiento del valor constitucional de la protección del medio ambiente es algo más y diferente de la referencia a una idea de “derecho al medio ambiente” por la consistencia jurídicamente indefinida y difícil de alcanzar, puesto que el mismo está firmemente anclado a ámbitos materiales o situaciones subjetivas específicos.

El derecho al medio ambiente presenta, así, al menos dos líneas relevantes: la primera está relacionada con la protección situaciones jurídicas concretas, ya sean individuales o colectivas; la segunda en relación con la protección de los bienes concretos referidos a las mismas, protegidos por la jurisprudencia o recurriendo a diversos parámetros constitucionales (por ejemplo, arts. 2o., 9o., 32, 41 y 42 de la Constitución) o invocando el valor del medio ambiente como un valor autónomo, básico del ordenamiento jurídico, relevante por sí mismo, sin la necesaria vinculación con otros derechos.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Parte integrante y esencial de cualquier sistema electoral. Los medios de impugnación en materia electoral son garantes de elecciones libres, imparciales y auténticas; la ausencia de ellos puede agravar los conflictos político-electorales. Se trata de los medios para prevenir y resolver las controversias electorales, sea a través de procedimientos institucionales o de mecanismos alternos o informales para solucionar los conflictos que surjan. La naturaleza jurídica de los medios institucionales utilizados al efecto puede ser administrativa, jurisdiccional, penal o bien tratarse de mecanismos alternos *ad-hoc* e incluso arbitraje internacional. Para su resolución pueden ser confiados a asambleas legislativas, tribunales ordinarios, administrativos, electorales especializados, judiciales y entes nacionales o internacionales *ad hoc*. Los mecanismos alternativos de solución de controversias consisten en la conciliación, mediación o arbitraje.

El conjunto de instituciones y procedimientos que dan estructura y cauce a los medios de impugnación también es conocido como sistema recursal, sistema de medios de impugnación o sistema de justicia electoral. En las democracias, emergentes o consolidadas, tienen un papel muy importante para lograr y mantener estabilidad política, paz social, constitucionalidad, legalidad, así como legitimación y credibilidad de los poderes públicos.

El sistema de medios de impugnación responde necesariamente al contexto socio-cultural, histórico, político, así como a la tradición jurídica de cada país. Los factores más importantes que influyen en su diseño, contenido y operación son el sistema electoral, el sistema de partidos y la cultura política. La operación técnica del sistema es un elemento clave para su eficacia y eficiencia; si la justicia electoral no es pronta y expedita su credibilidad queda comprometida. Los elementos que se encuentran en la base de un sistema recursal son, de una parte, prevenir e identificar irregularidades y, de otra parte, proveer medios y mecanismos adecuados para corregirlas y sancionar a quienes las cometen.

El objetivo primordial de un sistema de medios de impugnación es asegurar, de una parte, que todos los actos, procedimientos y decisiones de quienes intervienen en los procesos electorales se ajusten a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y, de otra parte, garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos; de tal forma que cuando exista una violación a tales reglas de actuación y derechos ciudadanos, la constitucionalidad y legalidad de los mismos sea restaurada y la violación sea sancionada.

Los derechos electorales son derechos políticos que forman parte a su vez de una categoría de los derechos humanos, con todos los cuales se vinculan y entrelazan. Los derechos humanos de fuente internacional tienen su reconocimiento universal o regional en los instrumentos de las Naciones Unidas así como en los instrumentos regionales correspondientes a Europa, América y África. Los principales derechos electorales son los de votar, ser votado, asociación política con fines electorales, participación directa o a través de representantes electos en los asuntos públicos, así como los derechos de libertad de expresión, reunión, petición y de acceso a la información pública relacionada

con asuntos electorales. Estos derechos estuvieron originalmente reservados a los ciudadanos pero cada día es más frecuente encontrar su extensión a residentes extranjeros, en ocasiones sujeta a la reciprocidad, proporcional o no.

El sistema de justicia electoral o recursal se corresponde con el ciclo electoral compuesto por tres periodos: antes, durante y después de la elección, es decir, preelectoral, electoral y poselectoral. La principal garantía que puede ofrecer un sistema de medios de impugnación es corregir las irregularidades mediante su anulación, revocación, modificación o incluso su confirmación.

Para un adecuado funcionamiento del sistema de medios de impugnación es necesaria una serie de garantías que aseguren la independencia funcional, administrativa y financiera de los órganos jurisdiccionales, previstas desde la propia Constitución política del país. Asimismo, son necesarias garantías para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los integrantes de dichos órganos jurisdiccionales, igualmente previstas desde el texto constitucional, respecto de su idoneidad, profesionalismo, selección, designación, estabilidad, permanencia, remuneración, incompatibilidad con otros cargos, así como excusas o recusaciones para conocer ciertos casos. La publicidad de los actos y resoluciones, así como la transparencia y rendición de cuentas por parte de organismos jurisdiccionales y de sus integrantes, son otras garantías de adecuado funcionamiento.

El sistema de medios de impugnación mismo debe ofrecer garantías de procedimiento y principios de eficacia y eficiencia, tales como transparencia, claridad y simplicidad; accesibilidad en términos de tiempo, espacio y costo; gratuidad o costo razonable; oportunidad; derechos de audiencia, defensa y debido proceso; obligatoriedad de procesos y resoluciones; consistencia en la interpretación y aplicación de las leyes electorales.

La judicialización de la política se ha ampliado al ámbito interno de los partidos políticos que tienen su propio sistema de medios de impugnación, cuyos procedimientos habitualmente deben ser agotados antes de acudir al sistema estatal o público de medios de impugnación; cuando esto no es posible la figura del *per saltum* se aplica en los casos que lo justifiquen.

En México, el sistema de medios de impugnación en su triple naturaleza jurídica administrativa, jurisdiccional y penal es regulado a partir de las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los ordenamientos de legislación secundaria siguientes en el orden federal de gobierno: Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Código Penal Federal. Los reglamentos administrativos que materializan en detalle las disposiciones constitucionales y legales dan origen a un complejo entramado de nuevos ordenamientos reglamentarios que se vuelven indispensables también para la operación del sistema de medios de impugnación.

En el orden local de gobierno (estatal, Distrito Federal o Ciudad de México, municipal y submunicipal), igualmente, a partir de las bases establecidas en la Constitución General de la República Federal y de la Constitución polí-

tica local, específica de cada estado de la República, o el Estatuto de Gobierno en el caso del Distrito Federal, se repite el mismo entramado de legislación secundaria y reglamentación administrativa. Mediante la reforma al artículo 2o. de la Constitución general publicada en agosto de 2001, se establece entre otros el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a elegir a sus autoridades municipales y submunicipales mediante sus usos y costumbres tradicionales; derecho que ha sido reiterado de diferentes maneras por vía jurisprudencial por los tribunales constitucionales.

En México, como en otras partes del mundo democrático, los procedimientos de participación ciudadana tales como iniciativa popular, plebiscito y referéndum comparten habitualmente la estructura y procedimientos de la justicia electoral o sistema de medios de impugnación para prevenir y resolver sus propios conflictos de operación y de participación ciudadana. Una reciente reforma constitucional aprobada en el año 2012 regula estos procedimientos en el orden federal de gobierno (se encuentra pendiente la legislación secundaria respectiva), pero las Constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal tienen previstos procedimientos semejantes desde mucho tiempo antes. Por ejemplo, mientras la reforma de 2012 exige por lo menos un porcentaje de 0.13% de la lista nominal de electores para ejercer la iniciativa popular legislativa (para formar un partido político se requiere al menos el 0.26% del padrón electoral federal), en una entidad federativa, el estado de Oaxaca, existe ese derecho individual para los ciudadanos oaxaqueños desde el año 1922.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

MIGRACIÓN

I. DEFINICIÓN. Migración significa cruzar las fronteras de una unidad política o administrativa por un periodo mínimo determinado. Es el término genérico para referirse al desplazamiento de una persona o de un grupo de personas, ya sea a través de una frontera internacional, en cuyo caso se estaría hablando de migración internacional, o bien sea dentro del territorio de un Estado, que sería la migración interna, por un periodo mínimo determinado. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que es un desplazamiento de población que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas migrantes por motivos económicos y personas que se desplazan por otras causas, como la reagrupación familiar.

II. CLASIFICACIONES. La clasificación principal de la migración se realiza atendiendo a si se hace dentro de un mismo Estado o se cruzan fronteras internacionales:

1. *Migración interna*: es el movimiento de personas de un área (provincia, distrito o municipalidad) a otra dentro un mismo país. Esta migración puede ser temporal o permanente. Hay varios tipos de migración interna: campo-ciudad, campo-campo, ciudad-campo, son innumerables las causas de las migraciones internas pero las más importantes siguen siendo las primeras, por la atracción que las ciudades siguen ejerciendo sobre las zonas rurales, que

ofrecen a las personas y a las familias una menor calidad de vida. Los efectos de este tipo de migración han sido tan grandes durante los siglos XIX y XX que se les conoce también como “éxodo rural”.

2. *Migración internacional*: es el movimiento de personas que dejan el país de su nacionalidad o en el que tienen su residencia habitual para establecerse de forma temporal o permanente en otro. Implica el cruce de fronteras que separan a un Estado de otro. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 no contiene una definición de migración, sino sólo de los tipos de trabajadores relacionados con la migración.

La migración internacional es un suceso relativamente nuevo que se remonta al surgimiento del Estado-nación en Europa y su extensión al resto del mundo. Cuando el mundo quedó dividido en Estados-nación se trazaron las fronteras a sus alrededores y los Estados determinaron las personas autorizadas a permanecer en sus territorios: sus nacionales. Así, se inició un proceso de diferenciación y exclusión de las personas ajenas al Estado: los extranjeros, y se empezaron a formular las reglas correspondientes.

A. *Migración regular*: es aquella que se efectúa de acuerdo con el marco legal aplicable. Es decir, es el movimiento de personas de su país o lugar de residencia habitual a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor. En suma, es la migración hecha siguiendo las leyes y procedimientos establecidos por los Estados de envío, tránsito y recepción.

B. *Migración irregular*: es la hecha al margen de las regulaciones de los Estados de envío, de tránsito o de recepción. Aunque la migración irregular ha existido por más de un siglo —desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX— no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara que no tenga una connotación discriminatoria. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que desde el punto de vista de los países de destino significa que es *ilegal* el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío, la *irregularidad* se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país; sin embargo, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de “migración ilegal” solamente a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

Dado lo anterior, se puede definir migración irregular como aquella que es hecha por personas que entran a un Estado distinto del suyo, ya sea: 1) transgrediendo sus fronteras o presentando documentos falsos; 2) permaneciendo en dicho Estado una vez que ha expirado la vigencia de su permiso de entrada; 3) entrando en dicho Estado con fines de turismo o con arreglo a un plan de reunificación familiar que no les permite trabajar, pero permaneciendo en dicho Estado con el objeto de trabajar, o 4) permaneciendo en dicho Estado

para trabajar una vez que ha sido rechazada su solicitud de asilo, en violación de las leyes de extranjería.

Atendiendo a los motivos que originan la migración, interna o internacional, se puede clasificar en:

i. *Migración laboral*: es el movimiento de personas desde un Estado a otro, o dentro de su mismo país de residencia, con fines laborales. Esta migración está por lo general regulada en la legislación nacional de extranjería.

ii. *Migración forzosa*: el *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones la define como el movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas; por ejemplo, los movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.

iii. *Migración por motivos familiares*: de acuerdo con el *Glosario sobre migración y asilo 2.0* de la Comisión Europea, se trata del movimiento de los miembros de un grupo familiar separado forzosamente o por migración voluntaria para reagruparse en un país distinto al del origen. La admisión es discrecional del Estado receptor. Es un concepto general que abarca la reagrupación familiar; la formación de la familia y la migración de una familia completa al mismo tiempo.

iv. *Migración espontánea*: es el movimiento de personas o grupo de personas que inician y realizan sus planes de migración, sin asistencia. Por lo general esta migración es causada por factores negativos en el país de origen y por factores atractivos en el país de acogida; se caracteriza por la ausencia de asistencia del Estado o de cualquiera otro tipo de asistencia nacional o internacional.

Elisa Ortega Velázquez

MINISTERIO PÚBLICO

La institución del Ministerio Público tiene profundas raíces históricas en México, la podemos encontrar desde la época prehispánica, aunque su mayor desarrollo se encuentra en la época colonial con los llamados promotores o procuradores fiscales, los cuales tenían como funciones primordiales: defender los intereses tributarios de la Corona (de ahí su denominación de fiscales); asesorar a los tribunales para conseguir la buena marcha de la administración de justicia e investigar los delitos y acusar a los delincuentes. Por ello, eran considerados como integrantes del Poder Judicial, tradición que persistió en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, más conocida como Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución de 1824, las Siete Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 e, incluso, en el art. 91 de la Constitución de 1857 la Suprema Corte de Justicia se conformaba por once ministros propietarios, cuatro suplentes, un fiscal y un procurador general.

Hoy en día los arts. 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las normas procesales perfilan al Ministerio Público como una institución unitaria y jerárquica al que se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad, lo cual le permite estar pre-

sente en procesos civiles, familiares, administrativos, en el juicio de amparo, controversias constitucionales e, incluso, fungir como abogado del Estado. Sin embargo, su función principal es la de investigar y esclarecer la comisión de delitos para perseguir y acusar ante los tribunales a quienes los cometieron o participaron en su comisión, al efecto goza de facultades para: recibir denuncias o querellas de hechos que puedan ser constitutivos de delitos; conducir y ordenar las actuaciones de las policías para investigarlos; dictar medidas y providencias necesarias para preservar el lugar y los indicios del hecho delictivo; solicitar órdenes de aprehensión y, en su caso, ejercitar acción penal en contra del probable responsable; solicitar medidas cautelares; promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal; probar la responsabilidad penal del acusado ante los tribunales y pedir la aplicación de la pena a imponer o, cuando proceda, su absolución. Todo ello con el fin de alcanzar una impartición de justicia pronta y expedita como es propio de un Estado social y de derecho en el cual se busca esclarecer los delitos cometidos para acusar y condenar a los delincuentes y evitar la detención arbitraria y, sobre todo, la privación de la libertad de inocentes, ello como requisito indispensable para la protección de las garantías individuales y, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, de los derechos humanos.

Los arts. 16 y 19 de la CPEUM constituyen la base fundamental para la actuación del Ministerio Público. Cabe resaltar que en el texto de 1917 la carta magna solo requería en el art. 16 la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, la declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado para que el Ministerio Público pudiera solicitar la orden de aprehensión a la autoridad judicial, pero también necesitaba reunir los elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito si pretendía que el juez dictara auto de formal prisión (art. 19 CPEUM). Posteriormente, con la reforma de 1993, se sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo y se requirió que también éstos estuvieran comprobados para solicitar la orden de aprehensión (art. 16 CPEUM). No obstante, en la práctica no fue posible esclarecer qué y cuáles eran los elementos del tipo penal, por lo cual en 1999 se regresó al viejo concepto de cuerpo del delito.

Después de la reforma del 18 de junio de 2008 solo se requiere que el Ministerio Público aporte datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión para que el juez libre la orden de aprehensión y, en su caso, el auto de vinculación a proceso. Lo anterior no debería implicar forzosamente la prisión preventiva, pues ella solo se debería ordenar cuando el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, haya posibilidad de que entorpezca la investigación o su libertad represente peligro para la víctima o testigos, tal como lo contempla el párrafo segundo del art. 19 de nuestra carta magna. Sin embargo, en ese mismo párrafo se establece que “el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley

en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud” con lo cual no sólo contraviene principios fundamentales del proceso penal acusatorio sino también garantías y derechos humanos, pues la reducción de grado probatorio a “datos que establezcan la comisión del delito y la probable responsabilidad” sólo tiene sentido cuando se aplican preferentemente las diferentes medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (garantía económica suficiente, localizadores electrónicos, prohibición de salir del país o ir a lugar determinado, someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución, arraigo domiciliario, etcétera) pues si se priva de la libertad al probable responsable mientras se investiga ¿dónde quedaría la protección de la libertad como máxima garantía individual?, ¿qué alcance tendría la presunción de inocencia que implica tratar como inocente a quien todavía no se le ha demostrado plenamente la comisión o participación en el delito? y, retomando el tema de la figura del Ministerio Público, ¿cómo justificar su actuación como institución de buena fe y representante de la sociedad guiado por la lealtad y la objetividad? cuando con frecuencia se dan a conocer casos de personas que estuvieron privadas de su libertad y al final fueron absueltas porque eran inocentes o no se pudo probar su responsabilidad penal. A lo antes dicho se debe sumar su cuestionada independencia y actuación, debido a que es facultad del Poder Ejecutivo el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público, comenzando por su titular (art. 102 CPEUM). Por ello consideramos que la institución se encuentra en una encrucijada dado que el reciente reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna le obligan no sólo a iniciar averiguaciones y perseguir a los probables delincuentes, sino sobre todo a dirigir de manera profesional y científica sus investigaciones para acusar con todos los elementos de prueba necesarios que demuestren la responsabilidad penal del acusado con el fin de que la autoridad judicial condene a los delincuentes conforme a la pretensión punitiva del Estado, solo así se conseguirá cumplir con el *desiderátum* que ya había planteado el constituyente de Querétaro al referirse a una “revolución procesal” siendo la correcta actuación del Ministerio Público la pieza fundamental para materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.

Enrique Díaz-Aranda

MINISTRO PONENTE, RELATOR

Designado por *acuerdo de presidencia* del más alto tribunal como el responsable del estudio y formulación de los proyectos de resolución de los asuntos que le han sido turnados, cuyo conocimiento se somete a consideración, discusión y, en su caso, aprobación del Pleno, de conformidad con lo expresamente establecido en los arts. 105, fracs. I y II; 107, fracs. VII, XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 7o. del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los asuntos de su competencia originaria; y a la aprobación de las Salas, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 42 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estudio historiográfico de los términos en la legislación. A lo largo de la evolución histórica de las disposiciones que han ido dotando de estructura y organización a la función jurisdiccional de los tribunales federales, se advierte que la adopción por parte del legislador de los términos *ponente* y *relator* ha sido indistinta y, en este sentido, no ha presupuesto una distinción lexical entre lo que podría conformar una autonomía definicional en ambos términos. De esta forma se observa que a partir del periodo que comprende la emisión del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, que marca el inicio de la vida independiente de la nación y la instauración del Federalismo (con la subsecuente división de poderes), a la publicación de la vigente Ley de Amparo, en el marco de la Décima Época, los términos en cuestión han designado los mismos estados de cosas. No obstante, lo que resulta destacable a lo largo de dicha evolución normativa es la preferencia del legislador por uno u otro término y que se acentúa con la emisión de la vigente Ley de Amparo del 2 de abril de 2013. En una aproximación más cercana a los periodos antes citados se observa que la etapa que comprende: *a)* la Primera República Federal (1824-1835) en donde se ubica la Ley de Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito (22 de mayo de 1934); *b)* de la Revolución de Ayutla a la Guerra de Reforma 1855-1861, periodo en el que se publica la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios (23 de noviembre de 1855) y la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma (30 de noviembre de 1861); *c)* la República Liberal, Intervención Francesa, Regencia y Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo 1862-1867, periodo en el que se expide la Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio (18 de diciembre de 1865); *d)* Segunda Época. De enero de 1881 a diciembre de 1889, en que se promulga la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal (14 de diciembre de 1882); *e)* Cuarta Época. De enero de 1898 a agosto de 1914, en el cual se establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (DOF 23 de diciembre de 1908) y, finalmente *f)* Quinta Época. Del 1o. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957, en la que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (23 de noviembre de 1917) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (12 de diciembre de 1928); la designación a los ministros en relación con las funciones que cumplen en el Tribunal Constitucional es siempre genérica.

No es sino hasta 1936 que el legislador dota de especificidad nominal a estas funciones. Es así que en el marco de la Quinta Época el legislador introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1934), en su art. 5o., capítulo II, *Suprema Corte de Justicia*, el término *ministro relator*, cuando precisa el procedimiento que ha de seguirse en las sesiones plenarios de dicho tribunal.

Durante la Séptima Época (del 1o. de enero del 1969 al 14 de enero de 1988), se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 5 de enero de 1988, cuyo art. 4o. mantiene la denominación *ministro relator*. Del mismo modo se advierte que, en subsecuentes artículos, esto es, en los arts. 13,

frac. IV; 20 último párrafo y 47 es introducido el término *ministro ponente*. Para la Novena Época (del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011), en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 26 de mayo de 1995, se mantiene el uso de la figura *ministro relator* únicamente en el artículo 141, que hace alusión a la facultad de atracción que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se observa claramente la inclinación del legislador por la denominación *ministro ponente*, como se desprende del estudio de los arts. 14, 86 y 129. Ahora bien, ya en el terreno propio de la denominación por la que se ha optado en el marco del análisis histórico de la legislación del juicio de amparo, se observa que durante la Quinta Época existe una permanencia de la denominación *ministro relator*, en el marco de la Ley Orgánica de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica de los arts. 103 y 104 de la Constitución federal de 1919), visible en sus arts. 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 y 189, relativos al Capítulo *Sustanciación del Juicio*; redacción que se mantiene hasta su última reforma en el año 1951, periodo en el que culmina la citada época. A partir de ahí, esto es, de la Sexta Época hasta la Novena Época, con la última adición y reforma a dicho ordenamiento, el 24 de junio de 2011, *mutatis mutandi*, se conserva el citado capítulo y las referencias al articulado en cuestión. Durante la Décima Época, con la promulgación de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de abril de 2013, se conserva únicamente la denominación *ministro relator* en el art. 188, inclinándose el legislador en su mayoría por la denominación *ministro ponente*, situación que acontece en igual sentido en el caso de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, término que coexiste con el de *magistrado instructor*, entendiéndose por tal el ministro que conocerá y resolverá las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, y que es designado como tal, en el *acuerdo de radicación y turno*.

A manera de conclusión de este apartado relativo al estudio historiográfico resulta relevante citar la denominación de los términos estudiados en aquellas disposiciones que han regulado la organización interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido cobra especial interés el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 20 de abril de 1901, el cual, en la Sección Segunda, *Orden y despacho de las discusiones*, en su art. 22 hace referencia —a manera de *simil* de las figuras bajo análisis en esta voz— al término *ministro revisor*. En el mismo ordenamiento, no obstante, es utilizada la referencia a *ministro ponente* en los arts. 66, 67, 68, 69, 70 y 71. En el Reglamento Interior de la Suprema Corte de la Nación de 1909, así como en el de 1923, se mantiene la denominación de *ministro revisor* y se observa, en recientes años, esto es, con el Reglamento Interior vigente del más alto tribunal una preferencia por la denominación *ministro ponente*.

Francisco Javier Cárdenas Ramírez

MINORÍAS ETNOCULTURALES

Definir a las minorías etnoculturales necesariamente requiere de la definición de la cultura y nación. Cultura es el conjunto de patrones de compor-

tamiento, lenguaje, mitos, símbolos, instituciones y rasgos históricos comunes que permiten el reconocimiento mutuo entre personas en una agrupación humana; los integrantes de una misma cultura comparten instituciones jurídicas, políticas y económicas. Por su parte, las naciones son asociaciones humanas que comparten una cultura en común; como dice Gellner, dos individuos son de la misma nación si comparten la misma cultura y se reconocen mutuamente como pertenecientes al mismo grupo nacional.

Las culturas y las naciones no son productos de generación espontánea, por el contrario, son construidas pacientemente por las sociedades humanas, quienes levantan poco a poco las instituciones que regularán su vida social, al seleccionar los aspectos culturales de identidad y cohesión.

Normalmente, el Estado nacional favorece la construcción una cultura en particular para cohesionar a su población, la cual se constituye como una cultura dominante o hegemónica al interior del Estado. Así, es posible referimos a la cultura colombiana, estadounidense, mexicana, argentina, francesa, brasileña, etcétera, según el estado nacional de que se trate.

Además, al interior de los Estados nacionales existen, con frecuencia, culturas minoritarias distintas a la cultura del Estado nación; estas culturas minoritarias fueron creadas por grupos humanos excluidos al momento de edificar el Estado y conviven en condiciones desfavorables frente a la cultura dominante.

En consecuencia, las minorías etnoculturales se definen como aquellas asociaciones humanas existentes al interior de cualquier Estado nacional que poseen una cultura distinta de la hegemónica construida por ese Estado. Esto es así porque en el momento de edificarse el Estado nación, las minorías etnoculturales fueron marginadas de los principales acuerdos institucionales de la sociedad, incluido el acceso en términos de igualdad a los derechos básicos.

Las minorías etnoculturales existentes dentro de un Estado pueden ser muy variadas; las más importantes son aquellas mejor articuladas políticamente como las naciones subestatales, los pueblos indígenas y los migrantes. Su mayor organización les permite plantear en mejores condiciones los términos de los principales arreglos institucionales para facilitar su acceso a los derechos básicos.

Estas minorías etnoculturales poseen diferentes orígenes. Así, las naciones subestatales aspiraron en el pasado a constituir un Estado nacional en el cual ellas fueran una mayoría; sin embargo, no lo consiguieron porque carecieron de los recursos para ello o porque fueron incorporados en otro Estado nación. Ejemplos de naciones subestatales son los vascos y catalanes en España, los quebecuas en Canadá, los norirlandeses y escoceses en el Reino Unido. Asimismo, las naciones subestatales pudieron ser anexadas por un estado más grande o por un imperio como Québec en Canadá, o bien cedidas por un imperio a otro, o anexadas a otro por una unión monárquica. En el menor número de los casos, este tipo de Estados multinacionales son creados por un acuerdo voluntario entre dos o más grupos nacionales.

En contraste, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras por nuevos pobladores y forzados mediante la violencia militar o a través de tratados a incorporarse a los Estados nacionales gobernados por quienes ellos

consideran como extranjeros o invasores. Los pueblos indígenas son muy diversos en todo el mundo, por ejemplo, México posee más de sesenta diferentes pueblos, algunos grandes como los mayas y nahuas con aproximadamente el millón de personas; también posee pueblos muy pequeños como los cakchiquel, los cochimí o los pápago, quienes apenas rebasan el ciento.

Mientras las naciones subestatales aspiran, con frecuencia, a convertirse en naciones-Estado, con instituciones jurídicas, económicas y políticas semejantes a las de los Estados nacionales existentes en el contexto internacional, en cambio, los pueblos indígenas buscan a través de la autonomía mantener ciertas formas tradicionales de vida y sus creencias propias sin necesidad de crear un Estado nacional. Dicho de otra forma, mientras las naciones subestatales contendieron pero perdieron la lucha en el proceso de formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas fueron aislados de este proceso y no aspiraron a construir un Estado nacional, buscando más el reconocimiento de su autonomía al interior del Estado donde se encuentran ubicados para garantizar el respeto de su autogobierno e instituciones básicas.

En contraste, los migrantes no habitan ni en su *tierra madre* como las naciones subestatales ni fueron expulsados de sus territorios originales como los pueblos indígenas. Ellos se trasladaron de su Estado nacional de origen a otro, normalmente buscando mejores condiciones de vida, mejores trabajos o una educación más apropiada para sus hijos. Esto explica la ausencia de reivindicaciones autonómicas por parte de los migrantes, debido a que les es imposible reproducir el conjunto de sus instituciones originales en el Estado receptor; en cambio, pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados tales como derechos lingüísticos en el otorgamiento de los servicios públicos básicos y, principalmente, la flexibilidad suficiente para acceder a la ciudadanía del Estado receptor. Para 2013 existen alrededor de 215 millones de migrantes esparcidos globalmente, siendo Estados Unidos el país con mayor número de inmigrantes (aproximadamente 40 millones), mientras México y Rusia son los países con mayor número de migrantes (11.5 millones aproximadamente), seguidos de la India (con 10.5 millones aproximadamente).

Ahora bien, la falta de igualdad para las minorías etnoculturales en el acceso a los derechos básicos en las democracias constitucionales es uno de los rasgos característicos de la inequidad existente entre los integrantes de la sociedad nacional y dichas minorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos es evidente no sólo la discriminación de sus pueblos originarios, sino también de sus minorías afroamericanas y de origen hispano; en Latinoamérica la discriminación contra los pueblos indígenas se perpetuó desde los tiempos coloniales hasta el presente, conformando su segmento más pobre y con mayores desventajas en el acceso a los derechos.

Los derechos de las minorías etnoculturales o los derechos de las minorías para abreviar, en el sentido amplio al que se refiere Kymlicka, se refieren a una gran variedad de políticas, desde derechos y excepciones legales, provisiones constitucionales y políticas públicas implementadas por los Estados, hasta derechos lingüísticos y derechos de los pueblos indígenas. Aunque los derechos de las minorías comprenden una categoría heterogénea de derechos, poseen dos características esenciales: 1) van más allá del conjunto de derechos civiles

y políticos protegidos por todas las democracias liberales al reducir la desigualdad de las minorías en el acceso a tales derechos y 2) son adoptados con la intención de acomodar las distintas identidades y necesidades de los grupos etnoculturales.

Finalmente, el término “minorías” no debe ser entendido solo como referido al tamaño proporcional del grupo, sino más bien al espacio que ocupa la cultura en la esfera pública; por ejemplo, países como Guatemala posee una población mayoritariamente indígena; sin embargo, las culturas de sus pueblos originarios no se ubican en una situación de igualdad frente a aquella de origen europeo que predomina en las principales instituciones jurídicas guatemaltecas. También debe distinguirse a las minorías etnoculturales de ciertos grupos minoritarios como podrían ser los coleccionistas de timbres postales, ciertos clubes, mafias o grupos que no obstante desempeñar un papel minoritario en la sociedad, es imposible que asuman la naturaleza de las minorías etnoculturales por carecer de una cultura societal con capacidad de reproducir sus propias instituciones jurídicas, políticas y económicas.

Francisco Ibarra Palafox

MODELO LEGALISTA DECIMONÓNICO

El Estado de derecho legal (EDL) es un modelo de derecho y de Estado particular, que a su vez requiere de una teoría del derecho y un determinado perfil de jurista que le resulten funcionales. Recordemos que aquella matriz o modelo se nutrirá del racionalismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, pero tendrá concreción histórica en la Francia revolucionaria, sus Códigos y su Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su éxito y esplendor se construirá y expandirá a lo largo del XIX, no sólo por Europa, sino también por América Latina.

I. NOTAS DISTINTIVAS. Recapitulemos sintéticamente los rasgos principales del modelo o paradigma en estudio.

1. *El Estado*. Éste quedará identificado con los tres poderes clásicos, aunque tomando como eje a la ley, dado que el Legislativo quedaba identificado con ella y al Ejecutivo se lo definía por su función de ejecutarla y al Judicial por ocuparse de aplicarla a los casos. Esa caracterización conllevaba una clara prevalencia del Poder Legislativo en tanto las funciones de los otros dos Poderes eran subordinadas o subsidiarias, ordenadas a dotar a la ley de eficacia y respeto. Una nota clave del Estado era su soberanía, que permitía establecer con absoluta libertad los derechos y deberes que tendría los ciudadanos del mismo, y además esos Estados coincidían con sociedades nacionales identificadas y unidas por la ley y sus valores implícitos. La filosofía política que acompañó en general al modelo legalista decimonónico fue la liberal e individualista, de modo que al Estado se lo visualizaba como un mal necesario, con funciones restrictivas orientadas a que la mano invisible del mercado posibilite la mejor vida social.

2. *El derecho*. La ley y el derecho se convierten en sinónimos, en tanto no hay más derecho que el establecido por la ley, así se suprime la posibilidad de algún derecho pre-legal, supra-legal o pos-legal. Pero además la ley era fruto

de la voluntad general, que rousseauniamente hablando resultaba infalible, dado que ella siempre era justa, disponía claramente, sin redundancias, con coherencia, etcétera. La enorme decisividad que adquiere la ley para la vida social se refleja cuando en la misma Declaración de 1789 se determina que las únicas obligaciones o restricciones a la libertad son las impuestas por la ley. Las otras posibles fuentes del derecho quedan en el mejor de los supuestos, remitidas y absolutamente subordinadas a la ley, así cuando se habla de la costumbre solo se le reconoce en tanto supletoria o interpretativa, pero se le descarta a aquella que era contraria a la ley; o cuando se reconocen en los Códigos a los “principios generales del derecho” era porque sólo se recurriría a ellos en los inusuales casos de lagunas (en el Código civil francés no se admite la integración de la ley) y su validez jurídica remiúa a la misma voluntad del codificador que los había puesto implícitamente en la obra legislativa, por eso no era posible derivar de ellos soluciones *contra legem*.

3. *La teoría jurídica*. Queda configurada por la escuela exegética francesa, la histórica alemana y el primer Ihering, de ese modo su tarea se orientará a lograr forjar una verdadera ciencia jurídica con las funciones de sistematizar, describir e interpretar al derecho positivo contenido en la ley, o mejor dicho, en el Código. Especialmente queda marginada la posibilidad de una crítica o valoración de la misma, y también una perspectiva iusfilosófica preocupada por preguntarse por el derecho y el mejor derecho, a ese respecto resultan elocuentes las palabras de representantes de la exégesis francesa dado que se constituyeron en modelos inspiradores del modo de asumir la docencia, así Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste ya no tiene por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”, o Aubry: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”. Por otro lado, recordemos que aquella escuela francesa giró en torno al Código Civil, que fue por excelencia el Code, lo que de algún modo contribuyó a que la matriz de la teoría jurídica sea iusprivatista, y ello en consonancia con los ideales liberales de la revolución francesa.

4. *El perfil de jurista*. Napoleón no sólo asumió el proceso de definir el derecho a través de los códigos, sino que encomendó a las facultades de derecho estatales la tarea de forjar a los juristas que serían funcionales al EDL. De ese modo quedó definida la curricula pertinente, limitada al derecho puesto en los códigos, y así sus libros fueron las asignaturas correlativas que debía conocer el futuro jurista; consiguientemente, las materias que carecían del respaldo en un código, se tornaron irrelevantes, innecesarias y hasta peligrosa en aras de la seguridad jurídica. El método de enseñanza, coherente con el modelo, se reducía a exigir memoria de los alumnos y ninguna capacidad crítica, dado que lo pretendido era que conocieran dogmáticamente el derecho que había formulado la infalible voluntad general. Ese propósito respecto a los juristas queda reflejado claramente en la célebre tesis de Montesquieu en torno a lo que debían ser los jueces: seres inanimados, bocas de la ley.

5. *Los derechos humanos.* El art. 2o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 89 reconocerá como “derechos naturales e imprescriptibles” a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero el art. 4o. consagra que la restricción de la libertad sólo puede hacerse por ley, con la advertencia del art. 7o. que “todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia”. Traduciendo de manera más directa esas apelaciones a los derechos humanos individuales, queda claro que la operatividad de los mismos no es directa, sino que se encomienda al Poder Legislativo; pues no olvidemos que no existía la posibilidad del control judicial sobre la ley y que la función judicial se reducía a declarar la ley en cada caso. El valor exclusivo y excluyente del modelo era la seguridad jurídica, que consistía en saber anticipadamente cuales serían las consecuencias jurídicas que acarrearían lo que se haga o no se haga con base en lo previsto en la ley, resultando funcional a ese objetivo la presunción *jure et jure* de que la ley publicada en el órgano oficial del Estado, se presumía su conocimiento sin admitir prueba en contrario.

6. *La teoría de la interpretación jurídica.* Todo sistema jurídico que pretenda eficacia debe al mismo tiempo que definir el derecho, establecer cómo se operará el mismo, y pues este segundo elemento —la teoría de la interpretación— resulta decisivo. Dicho del otro modo, una cosa es la fotografía del derecho contenido en las reglas, o sea, una perspectiva estática del derecho, y otra cosa es ver la realidad del derecho en movimiento gracias a la operatividad del mismo en manos de los juristas por medio de la interpretación, y ésta es una perspectiva dinámica del mismo. En la base de esas dos miradas está la distinción tajante entre creación y aplicación, que en el modelo bajo estudio correspondía al Poder Legislativo y al Poder Judicial, respectivamente. Consecuentemente, el modelo por diversos medios e instituciones procuró que no asumieran los jueces ninguna facultad creativa, para ello existió el *référé législatif* (que imponía al legislador como intérprete auténtico las consultas ante eventuales dudas sobre cómo interpretar una ley), el recurso de casación (con la finalidad de unificar e imponer a todos los jueces los criterios interpretativos), la previsión del delito de prevaricato (para el juez que se apartara del sentido de la ley), etcétera. En definitiva, se suponía que a los juristas se les necesitaba para proyectar a los casos (fáciles) la solución genérica prevista en la ley, para ello se les indicó ciertos métodos interpretativos (en Savigni: gramatical, lógico, sistemático, histórico y en la exégesis los dos primeros) que permitirían obtener la premisa mayor del silogismo deductivo que concluiría la solución para el caso individual. La clave del trabajo del jurista era nunca apartarse de la ley y la voluntad del legislador.

7. *La democracia procedimental.* Siguiendo la distinción efectuada por Ferrajoli, la democracia que auspiciaba el EDL era meramente procedimental, en tanto cualquier tema podía ponerse bajo la decisión de la sociedad, que tenía una irrestricta competencia para decidir lo que estimaba conveniente por parte de la mayoría. Pero además, esa democracia funcional al modelo y a su filosofía política, era de impronta burguesa, en tanto para votar se exigían ciertas condiciones patrimoniales o de ingresos. Los valores subyacentes en esa peculiar sociedad democrática eran compartidos por todos, o al menos no

eran visibles o tolerados los disensos axiológicos, consiguientemente el rechazo o el apartamiento social era una amenaza más temible que las que provenían del ámbito jurídico. La moral social se define por la ley, pero al hacerlo se convierte en una verdad jurídica, y luego queda una moral personal que se confina al reducto doméstico o familiar.

II. LA CRISIS DEL MODELO Y SU REEMPLAZO. El EDL fue un paradigma jurídico y político —reiterémoslo— muy exitoso, no solo en Europa continental sino también por América Latina desde donde se lo importó, contribuyendo decididamente a ese éxito el trabajo realizado desde las facultades de derecho, pero su crisis coincide con la experiencia del nazismo. En efecto, el Tribunal de Nuremberg fundará su condena por cumplir la ley y violar el derecho, y este derecho que habilita y justifica a la condena se asimilará a los “principios del derecho” o los “derechos humanos”. La Ley Fundamental de Bonn del 49 consagrará esa distinción disponiendo que todos los poderes deben respetar la ley y el derecho. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 reconociendo su existencia (no creándolos), su carácter universal e inalienable (no son disponible por ninguna voluntad individual o colectiva) contribuye a potenciar la ruptura de aquella central sinonimia entre derecho y ley. En definitiva, Europa durante la segunda mitad del XX afronta la tarea de crear un nuevo modelo: el Estado de derecho constitucional, que termina reemplazando al EDL y exigiendo una teoría que permita explicarlo, respaldarlo y promoverlo. En ese nuevo modelo serán los jueces los encargados de velar que el derecho no sea violado por ninguna regla jurídica, provenga de donde provenga.

Rodolfo Vigo

MODELOS DE JURISDICCIÓN ELECTORAL CON JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La solución de controversias electorales puede corresponder a una asamblea legislativa u otra asamblea política, a un juzgado o tribunal del poder u órgano judicial, a la propia autoridad administrativa electoral con autoridad jurisdiccional o a un cuerpo *ad hoc* creado con la intervención internacional o como una solución nacional institucional interna. Cuando se trata de juzgados o tribunales del Poder Judicial puede suceder que la función judicial electoral sea confiada a juzgados y tribunales ordinarios, a tribunales administrativos, a tribunales electorales especializados o bien a tribunales o consejos constitucionales; también puede ocurrir que los consejos constitucionales no formen parte del Poder Judicial. En todos los casos el modelo corresponde a la tradición jurídica de cada país y a su evolución política y judicial.

El modelo original de tribunal constitucional al que se confía la solución de controversias electorales corresponde a la Constitución de Austria de 1920; desde ese año la validez de las elecciones parlamentarias fue encomendada a la Corte Constitucional Federal, jurisdicción constitucional que ha sido ampliada a otros ejercicios electorales como es el caso del referéndum (1929), la elección presidencial (1931), así como la elección de autoridades locales y de representantes de organizaciones profesionales. En Alemania, la certificación electoral es confiada al Bundestag (cámara baja del parlamento), en

un sistema mixto legislativo-judicial pues la revisión corresponde a la Corte Constitucional Federal. El Consejo Constitucional de la Quinta República francesa forma parte de un sistema mixto también de solución de controversias electorales en el que intervienen además una jurisdicción administrativa (el Consejo de Estado), así como en algunos casos los tribunales de instancia y eventualmente la Corte de Casación, ambos del Poder Judicial. España también combina jurisdicción administrativa y constitucional, donde la decisión final corresponde a una Corte Constitucional autónoma, pero siendo la corte administrativa parte del Poder Judicial.

El Consejo Constitucional en Francia está integrado por 9 miembros nombrados por tercios por el presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado; los anteriores presidentes de la República son miembros vitalicios del mismo. En Bulgaria, la Corte Constitucional se integra con 12 jueces de los cuales un tercio son electos por la Asamblea Nacional, otro tercio designados por el presidente y 1 más electo por los jueces de la Corte Suprema de Casación.

En Europa Central y del Este, países que han conocido sus transiciones democráticas, han entregado a sus cortes constitucionales la solución definitiva de las controversias electorales, como es el caso de Bulgaria, Croacia, Moldavia, Montenegro, Rumania y Eslovenia, así como Armenia, la República Checa, Georgia y Eslovaquia, en las cuales la corte respectiva es parte del Poder Judicial. Este modelo es seguido por Indonesia y Nigeria, donde las disputas electorales se resuelven en definitiva por cortes constitucionales, siendo la de Indonesia parte del Poder Judicial. Finalmente, en *Electoral Justice: The International IDEA Handbook* (Estocolmo, 2010), son clasificados en este modelo Burkina Faso, Camboya, Camerún, Kazajistán y Mozambique, que tienen un Consejo Constitucional que no forma parte del Poder Judicial pero que resuelve en última instancia las controversias electorales.

Siguiendo el formato establecido por la Constitución de Cádiz de 1812, a partir de los principios de división e independencia de los poderes públicos y supremacía del Poder Legislativo integrado por los representantes de la nación, las Constituciones mexicanas conservaron los colegios electorales de las cámaras del Congreso de la Unión como vía política para la solución de controversias sobre los resultados electorales, coincidentes con recursos administrativos que sustentaban la propia autoridad electoral administrativa en las etapas previas del proceso electoral. En 1993 desaparecieron los colegios electorales de ambas cámaras de diputados y de senadores, creados temporalmente *ex profeso* para resolver dichas controversias en cada proceso electoral y, en 1996, desapareció el colegio electoral integrado para resolver las controversias en el caso de los resultados de la elección de presidente de la República. De 1987 a 1996 prevaleció un sistema mixto de vía política (colegios electorales) y vía jurisdiccional (tribunales electorales especializados autónomos de legalidad), para la solución de controversias en las diferentes etapas del proceso electoral, incluidos los recursos administrativos que en una primera instancia resolvían y siguen resolviendo la autoridad administrativa electoral pero que revisaba y revisa el tribunal electoral. Estos tribunales fueron el Tribunal de lo Contencioso Electoral, el Tribunal Federal Electoral, al que se agregó más tar-

de una sala de segunda instancia integrada por miembros de la magistratura del Poder Judicial de la Federación (magistrados que en su actividad ordinaria resolvían asuntos de constitucionalidad) y el presidente del propio tribunal electoral autónomo de legalidad (TRIFE).

En 1996 se crean dos mecanismos constitucionales de solución de controversias electorales con las correspondientes autoridades judiciales: la acción de inconstitucionalidad para impugnar leyes electorales expedidas por las cámaras legislativas federales o locales, que corresponde resolver a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y el sistema de medios de impugnación en materia electoral (recurso de apelación, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político electorales del gobernado; hay otros medios de impugnación pero que no tienen la implicación de control constitucional de los anteriormente mencionados) que corresponde resolver al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), integrado por una Sala Superior y cinco Salas Regionales, todas permanentes, que coinciden con las cinco circunscripciones electorales plurinominales en que se divide el territorio nacional para efecto de la elección de diputados por el principio de representación proporcional (200 de 500 diputados), que por tratarse de un sistema federal resuelven también asuntos originalmente de jurisdicción electoral local pero en su etapa definitiva de revisión constitucional.

Como sucedió en 1803 en los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, en México los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, aquí en materia electoral. Originalmente, la *Tesis de la Incompetencia de Origen* (1874) reconoció la jurisdicción constitucional del juicio de amparo para la solución de controversias electorales, negada años más tarde por la *Tesis Vallarta* (1881), hasta que en 1996 se crearon la acción de inconstitucionalidad y los medios de impugnación en materia electoral ya comentados. La contradicción de tesis 2/2000 resuelta por la SCJN negó al TEPJF la facultad de declarar anticonstitucionales leyes electorales, hasta que esta atribución le fue expresamente otorgada mediante la reforma constitucional de 2007. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en que México es parte, abren nuevas vías para la protección de los derechos políticos (hasta hace muy poco considerados derechos fundamentales con garantías jurisdiccionales de protección en México, reitero) con motivo del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En el sistema jurídico mexicano, la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 preveía en los arts. 194, párrafo tercero, y 197, párrafo cuarto, la figura relativa a la modificación de la jurisprudencia, la cual se podía llevar a cabo mediante dos vías.

La primera era a través del cambio de criterio por parte del propio órgano jurisdiccional que había integrado la jurisprudencia por reiteración, con lo que se requería en primer término que se interrumpiera la jurisprudencia, a través de una ejecutoria en contrario aprobada ya sea por ocho ministros tratándose del Pleno, cuatro ministros si se estaba en presencia de una Sala, y por unanimidad tratándose de un Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se debían expresar las razones en que se apoyara la interrupción. Posteriormente se debían observar las mismas reglas para conformar una nueva jurisprudencia bajo el criterio modificado.

La segunda vía para modificar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vinculaba a la petición de un órgano o titular legítimo; esto es, la modificación podía ser solicitada por las Salas de la Suprema Corte y los ministros que las integraban, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, ello con motivo de un caso concreto que debía ser resuelto previamente con base en la jurisprudencia en cuestión, con lo que en la petición de modificación se debían expresar las razones conducentes; el procurador general de la República por sí o por conducto del agente que designara podía exponer su parecer. El Pleno o la Sala debían resolver si modificaban la jurisprudencia, sin que su resolución afectara las situaciones jurídicas concretas en las sentencias que integraron la jurisprudencia modificada.

Ahora bien, la Suprema Corte ha considerado que la modificación de la jurisprudencia permite el cambio total de lo sostenido, es decir, no sólo se interrumpe un criterio jurídico, sino que se sustituye por otro, que incluso puede ser contrario, lo que conlleva a que se pueda solicitar la modificación de una parte o de la totalidad de la jurisprudencia.

La Suprema Corte ha sostenido que la finalidad de la solicitud de modificación consiste en revisar el criterio sometido a examen y, en su caso, interrumpir su obligatoriedad para emitir uno nuevo que lo sustituya, preservando así la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional.

Bajo la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, de igual forma se puede realizar la modificación de la jurisprudencia bajo dos vías, la primera relativa a la interrupción de la jurisprudencia, la que se prevé en los arts. 228 y 229, y que surge cuando el órgano que aprobó determinada jurisprudencia pronuncia una sentencia en contrario, en la que se deben expresar las razones que apoyan la interrupción, y con posterioridad aprueba una diversa jurisprudencia observando las mismas reglas para su formación.

Por otra parte existe en esta Ley un procedimiento denominado “sustitución de jurisprudencia”, el cual es aplicable a los supuestos en que se solicita la modificación de la misma, del cual se destacan las siguientes reglas:

— Cualquier Tribunal Colegiado de Circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezca que sustituya la jurisprudencia que por contradicción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los Plenos de Circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

— Cualquiera de los Plenos de Circuito, previa petición de alguno de los magistrados de los Tribunales Colegiados de su Circuito, con motivo de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno de la Suprema Corte, o a la Sala correspondiente, que sustituya la jurisprudencia que hayan establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud de los Plenos de Circuito debe ser aprobada por la mayoría de sus integrantes.

— Cualquiera de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, con motivo de la petición de alguno de los ministros y de un caso resuelto, pueden solicitar al Pleno que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, expresando las razones correspondientes. La solicitud debe ser aprobada por la mayoría de los integrantes de la Sala.

Para que el Pleno de la Suprema Corte sustituya la jurisprudencia, se requiere una mayoría de cuando menos ocho votos; asimismo debe destacarse que esta resolución no afecta las situaciones jurídicas que derivaron de los juicios en los que se dictaron las sentencias que integraron la jurisprudencia.

La modificación de la jurisprudencia es una figura muy importante dentro del juicio de amparo, pues implica el reconocimiento de que la interpretación de las normas no está petrificada, por el contrario, es un elemento vivo que puede ser modificado al ser analizadas estas normas bajo una óptica distinta, o bien tomando en consideración variables que no se consideraron en un primer término.

Mauricio Lara Guadarrama

MULTICULTURALISMO

El término del multiculturalismo no sólo es de reciente creación en las ciencias sociales sino además posee diferentes connotaciones; como dice Kevin Bloor, puede emplearse en un sentido *descriptivo* o en uno *normativo*. Descriptivamente, el multiculturalismo se refiere a aquellas sociedades que manifiestan un grado elevado de diversidad etnocultural o se encuentran en el camino de convertirse en sociedades multiculturales al presentar múltiples identidades en su población.

Así, decimos que un Estado es multicultural cuando entre su población encontramos una creciente diversidad cultural; al respecto, la mayor parte de los Estados nacionales existentes en el mundo poseen poblaciones multiculturales, pues aun cuando intentaron construir una sociedad homogénea culturalmente no lo consiguieron, al albergar en su interior a uno o más grupos con culturas diferentes. México, Guatemala, Bolivia o Paraguay son Estados multiculturales desde sus orígenes por poseer desde su pasado colonial una población etnocultural diversa, principalmente indígena y europea. Otros Estados como el Reino Unido o Francia son Estados multiculturales recientes, pues como Estados nacionales modernos experimentaron desde la Segunda Guerra Mundial una creciente pluralidad consecuencia de los flujos migratorios provenientes de diversas partes del mundo; por ejemplo, en solo cincuenta años, Francia adquirió un 10% de población de origen árabe.

En su sentido *normativo* el multiculturalismo se refiere a los movimientos al interior del Estado nacional que se manifiestan a favor y promueven

los beneficios del multiculturalismo con el objetivo de reducir la desigualdad de las minorías etnoculturales para acceder a los principales derechos. En su sentido normativo, los Estados multiculturales promueven la implementación de políticas públicas, modificaciones legales y acuerdos constitucionales para promover la diversidad etnocultural de sus sociedades y reducir la desigualdad de las minorías frente a la sociedad mayoritaria. De esta manera, aquellos decretos constitucionales y las leyes expedidas para su implementación cuyo objetivo sea facilitar el acceso de las minorías etnoculturales a los derechos y libertades básicos que tradicionalmente les fueron negados pueden denominarse multiculturales.

Podemos decir que son Estados multiculturales aquellos que promueven o aceptan la diversidad etnocultural existente al interior de su población. Para estos Estados una sociedad vibrante es aquella que concede espacio y reconocimiento a las múltiples identidades que se encuentran en su interior. En consecuencia, la homogeneidad de una sociedad es rechazada en aras de abrir espacio a nociones tales como tolerancia, pluralismo y derechos de las minorías con el objetivo de reducir la hegemonía de la mayoría y la falta de igualdad para acceder a los principales derechos que otorga un Estado constitucional.

Francisco Ibarra Palafox

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

La noción de mutación constitucional alude al cambio intenso o radical del contenido material de una norma constitucional sin alterar su texto a partir de una nueva significación de su formulación lingüística, con motivo de una transformación en las condiciones que configuran el poder político, la estructura social, la cultura jurídica o el equilibrio de valores e intereses generales que determinan una realidad o una expectativa histórico-constitucional, ya sea a través de convenciones políticas, prácticas legislativas o administrativas o por vía de interpretación judicial, de manera paulatina o instantánea.

La posibilidad de una “mutación” constitucional ha sido ampliamente debatida desde sus primeros análisis a finales del siglo XIX y principios del XX por la doctrina publicista alemana (destacan Jellinek, Smend y su discípulo Dau-Lin). La noción ha sufrido ajustes y críticas desde entonces, atendiendo a las diferentes perspectivas sobre la Constitución y el Estado constitucional y, en particular, a partir de la adopción de sistemas de control de constitucionalidad de leyes y la importancia creciente de los tribunales constitucionales como intérpretes últimos del texto constitucional y garantes de su supremacía. No obstante, a pesar de su carácter problemático, se reconoce mayoritariamente como una modificación no formal o tácita del sentido normativo de la Constitución que, como parte de su dinámica, permite la evolución del sistema jurídico y su adecuación a la realidad constitucional.

La idea de mutación implica una tensión entre norma y realidad derivada de los requerimientos políticos, sociales o culturales que generan una necesidad o urgencia histórica de modificación del sentido de un texto normativo. A diferencia de la reforma, que supone un cambio en el texto a partir de procedimientos específicos y normalmente agravados, la mutación constitu-

cional es un procedimiento informal (fenómeno jurídico) que no suele estar previsto expresamente en el ordenamiento, pero que tampoco está prohibido. Mutación y reforma constituyen mecanismos complementarios, excluyentes y, en ocasiones, sucesivos, de ajuste del contenido de un texto, considerando, por un lado, que la reforma supone el agotamiento de las posibilidades de la mutación constitucional, como lo destacaron, entre otros, Konrad Hesse y Pedro de Vega, y, por otro, que la fuerza de la Constitución depende no sólo de su finalidad y sentido normativo sino también de la estabilidad general de su texto y de su capacidad para adaptarse a la realidad política y social. Por ello, se afirma que la mutabilidad relativa de la Constitución implica, en sí misma, una garantía de su permanencia y durabilidad como mecanismos de articulación de la continuidad jurídica del Estado, la evolución normativa y el cambio político y social. Tan importante es la defensa de la Constitución que asegure la permanencia de sus aspectos esenciales (fines, valores y principios), como necesaria la posibilidad de su transformación, que permita ajustar el texto o su significado a la realidad constitucional. Ello responde a una caracterización de la Constitución como un sistema de integración de la totalidad de la vida del Estado en términos de Smend y Lucas Verdú.

En este sentido, el vínculo entre “Constitución” y “realidad”, “normatividad” y “normalidad”, es relevante a fin de que la Constitución no quede rezagada frente a la “realidad”, lo que requiere —si no se reforma— una interpretación progresiva o evolutiva que conciba a la Constitución como un “instrumento vivo” que opera como “punto de partida” frente a las transformaciones de la vida social, como lo ha destacado, entre otros, Raúl Canosa. Lo anterior no soslaya el riesgo de enmascarar una ruptura constitucional que ceda ante la “fuerza de los hechos”. Por ello, como ha reiterado la doctrina, entre otros, Hesse, Böckenförde, Afonso da Silva y Sagües, conviene diferenciar la mutación constitucional *stricto sensu* de otros fenómenos jurídicos, entre ellos los supuestos de inconstitucionalidad de leyes, infracciones o incumplimiento de deberes y ejercicio indebido o excesivo de facultades, así como distinguirla de la normatividad constitucional emergente, la configuración legal de derechos o facultades, que no implican un cambio de texto o contenido material, sino sólo su explicitación o implementación, y de otras instituciones o figuras que tienen como denominador común las variaciones, sean formales o informales, de la Constitución que incluyen, entre otras, la reforma, la modificación irregular mediante el derecho consuetudinario, la satisfacción de lagunas, el desuso de competencias constitucionales, la sustitución constitucional y la “ruptura constitucional”.

La mutación constitucional no implica la degradación normativa de la Constitución o su ruptura —aunque en ocasiones no resulte fácil la distinción— de ahí que sea un procedimiento admitido por el derecho constitucional y no un fenómeno extrajurídico. Ante todo, se reconoce el carácter supremo y normativo de la Constitución, como parámetro de validez del ordenamiento jurídico estatal. Toda mutación legítima tiene como límites el texto y el contexto constitucional, esto es, en última instancia, la cultura constitucional como ha sido expuesta por Peter Häberle. Al respecto, se ha destacado por la doctrina la exigencia de preservar las funciones básicas de la

Constitución, entre ellas, la protección de los derechos fundamentales. De ahí que, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés distinga entre: *a)* mutaciones legítimas (constitucionales o *praeter constitutionem*) que suponen un desarrollo o evolución del sentido normativo para adaptarlo a la realidad político-social o al contexto normativo (conjunto del sistema jurídico), y *b)* mutaciones ilegítimas (inconstitucionales o *contra constitutionem*) que claramente contradicen el texto constitucional respecto a su contexto o panorama normativo.

Lo anterior permite diferenciar entre un concepto amplio y un concepto restringido de “mutación constitucional”, como lo ha propuesto también Díaz Ricci. En general, la doctrina suele rechazar un concepto tan amplio que admita una *praxis* opuesta a la Constitución, mientras que se reconoce la validez y relevancia práctica de un concepto restringido que involucra un cambio “en el interior” de la norma, mas no al margen de la normatividad de la Constitución. Desde esta perspectiva, como lo destacara Hesse, la mutación constituye parte del proceso de concreción o concretización interpretativa de la norma, pues incide en su “ámbito normativo”, el cual comprende el conjunto de circunstancias fácticas objeto de regulación constitucional, a partir del denominado “programa normativo” o mandato de la norma, en el entendido de que el derecho constitucional no se agota en los mandatos abstractos de la norma, desvinculados de la realidad. Ello supone que el fenómeno de la mutación incide en el escenario de la interpretación constitucional como una de sus consecuencias posibles, aunque no se confunde con ella, pues hay desarrollos jurídicos operados vía interpretación judicial que no suponen un cambio intenso o radical que implique una mutación normativa.

En la actualidad, la relevancia práctica de la mutación se advierte especialmente en relación con las normas de derechos humanos que, al asumir la estructura de principios, son normas “abiertas” y requieren “progresivas concreciones”, a fin de garantizar su reconocimiento, protección y garantía, en particular a partir de la jurisprudencia constitucional. La importancia de esta última en la determinación de los derechos y la creciente apertura constitucional —característica del Estado constitucional contemporáneo—, así como la incidencia de la jurisdicción internacional y del derecho comparado (a partir de los nuevos modelos de control de convencionalidad y diálogo interjudicial) amplían el marco referencial de la “realidad constitucional”, con lo cual se advierte una mayor incidencia —en ocasiones discutible y en otras exitosa— de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas, así como las interpretaciones promotoras o reconocedoras de una mutación constitucional.

*Salvador O. Nava Gomar
Mauricio I. del Toro Huerta*