

S



SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (EL SALVADOR)

En el diseño que la Constitución salvadoreña (Cn) ha hecho del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad conviven, por una parte, la potestad judicial de inaplicabilidad (art. 185 Cn), que supone la pervivencia de un instrumento del modelo difuso de control de constitucionalidad) y, por otra parte, la atribución de conocimiento y decisión de determinados procesos constitucionales a un ente especializado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) en lo que constituye expresión del modelo concentrado de control constitucional.

Con relación al régimen constitucional y legal de la SCn/CSJ cabe hacer mención a los siguientes aspectos: *a)* ubicación en la estructura estatal y, en concreto, su integración en el órgano judicial; *b)* integración del tribunal; *c)* nombramiento del presidente; *d)* periodo en el cargo y renovación periódica; *e)* legitimación parlamentaria; *f)* estatuto de los magistrados; *g)* destitución de magistrados, y *h)* competencias.

A. La SCn/CSJ es parte integrante de la Corte Suprema de Justicia (inciso primero del art. 174 Cn), ubicación en la organización estatal de la que cabe derivar: *a)* se trata de un órgano constitucional, en el sentido que recibe directamente de la Constitución su estatus, conformación y competencias; *b)* es una entidad jurisdiccional y, por lo tanto, independiente, ya que ningún otro órgano puede ni debe interferir en sus funciones específicas; *c)* es un tribunal permanente y especializado; *d)* está organizacionalmente integrada en la CSJ, pero posee autonomía jurisdiccional, y, por consiguiente, tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las restantes salas de la CSJ y aún del Pleno de la CSJ, y *e)* no posee autonomía reglamentaria, administrativa o presupuestaria. En razón de tales caracteres, la SCn/CSJ se autocalifica como “auténtico Tribunal Constitucional” (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

B. La SCn/CSJ está integrada por cinco magistrados propietarios y, además, por cinco magistrados suplentes (inciso primero del art. 12 de la Ley Orgánica Judicial). Todos los integrantes de la SCn/CSJ son designados, única y exclusivamente y de modo expreso, por la Asamblea Legislativa (art. 174 Cn), por lo que ningún otro magistrado de la CSJ puede integrar, ni de forma temporal, la SCn/CSJ (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

C. Uno de los magistrados de la SCn/CSJ es designado, por la Asamblea Legislativa y para un periodo de tres años, presidente de dicha Sala, con lo que además ocupa los cargos de presidente de la CSJ y del Órgano Judicial (arts. 173 y 174 Cn).

D. El periodo del cargo de los magistrados de la SCn/CSJ es de 9 años, al igual que el resto de magistrados de la CSJ (inciso segundo del art. 186 Cn), y está autorizada la posibilidad de reelección inmediata. Ahora bien, la designación como magistrado de la SCn/CSJ implica que el designado integra dicha Sala por todo el periodo (9 años), sin que exista posibilidad válida de traslado, remoción o desplazamiento hacia otra sala de la CSJ (véase

sentencia de las 15 horas del 5 de junio de 2012, en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012)

E. Los magistrados de la SCN/CSJ, no obstante su calidad de juzgadores, son elegidos, tanto en su calidad de magistrados de la CSJ como en su calidad de integrantes de la SCn/CSJ, por la Asamblea Legislativa, mediante votación pública y nominal y por mayoría calificada de dos tercios del número de diputados (inciso segundo del art. 186 Cn). Esto significa que la legitimación parlamentaria y, por ende, en forma indirecta, democrática, de los magistrados de la SCn/CSJ es por partida doble: *a)* los magistrados de la SCn/CSJ, como integrantes de la CSJ, son elegidos por la Asamblea Legislativa, y *b)* la Asamblea Legislativa designa específicamente a los integrantes de la SCn/CSJ.

F. Tres aspectos determinan el estatuto de los magistrados de la SCn/CSJ: *a)* requisitos o condiciones de elegibilidad; *b)* inhabilidades e incompatibilidades, y *c)* privilegios constitucionales. Los requisitos para ser magistrados de la SCn/CSJ no se diferencian de los requisitos de magistrado de la CSJ (art. 176 Cn), los que se esquematizan así: *a)* nacionalidad, en tanto debe ser salvadoreño por nacimiento; *b)* edad, en el sentido que debe ser mayor de 40 años; *c)* estado seglar, esto es, no perteneciente al clero; *d)* formación jurídica, debiendo ser “abogado de la República”; *e)* prestigio, al que se refiere la Constitución con la genérica frase “de moralidad y competencia notorias”; *f)* experiencia en el ámbito jurídico, sea a través del ejercicio de la judicatura (6 años en tribunal de segunda instancia o 9 años en tribunal de primera instancia), sea mediante un lapso mínimo (10 años) de contar con la autorización para el ejercicio de la abogacía, y *g)* conservación de los derechos de ciudadanía, al menos en los 6 años previos al inicio del desempeño del cargo de magistrado.

La Constitución sólo prevé una inhabilidad de carácter familiar para acceder al cargo de magistrado de la SCn/CSJ, ya que no pueden ser magistrados los cónyuges ni parientes entre sí (art. 178 Cn); pero consagra una serie de incompatibilidades de carácter profesional o funcional: *a)* no pueden ser candidatos a diputados (art. 127 núm. 1 Cn); *b)* es incompatible con la calidad de funcionario de los otros órganos del Estado (art. 188 Cn); *c)* es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del notariado (art. 188 Cn), y *d)* el presidente de la SCn/CSJ no puede ser candidato a presidente de la República (art. 152 núm. 1 Cn).

Existen dos privilegios constitucionales conferidos a los titulares de las magistraturas de la CSJ: *a)* antejuicio ante la Asamblea Legislativa ante el cometimiento de delitos (inciso primero del art. 236 Cn), y *b)* fuero procesal, en tanto su procesamiento no corresponde a la jurisdicción común, sino que se atribuye a tribunales de mayor jerarquía judicial (inciso segundo del art. 236 Cn).

G. La Asamblea Legislativa está constitucionalmente autorizada, por mayoría calificada de dos tercios, a destituir a los magistrados de la CSJ (inciso primero del art. 186 Cn), sin excluir de tal supuesto a los integrantes de la SCn/CSJ, por lo que, definitivamente, la Asamblea Legislativa cuenta con la potestad de destituir a los magistrados de la SCn/CSJ, pero solo por causas “previamente establecidas por la ley”, las que hasta hoy día no han sido determinadas por el legislador.

H. En esencia, las competencias de la SCn/CSJ se refieren al conocimiento y decisión (la mayoría, en exclusiva) de los procesos constitucionales, que en el sistema procesal constitucional son, en esencia: *a*) proceso de inconstitucionalidad, con legitimación ciudadana y con decisión de efectos generales y obligatorios (art. 183 Cn); *b*) proceso de amparo, para la protección de los derechos constitucionales (inciso primero del art. 247 Cn); *c*) hábeas corpus, instrumento procesal para la protección de la libertad personal y la dignidad de las personas detenidas (inciso segundo del art. 11 Cn e inciso segundo del art. 247 Cn), y *d*) controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en el proceso de formación de ley (art. 138 Cn).

S. Enrique Anaya

SENTENCIA-LEY

Las clasificaciones de las sentencias dependen de factores subjetivos, ya que siguen la elección de los artífices de las clasificaciones; objetivos, como en particular los procedimientos seguidos por los tribunales, y finalmente, como es natural, lingüísticos.

“Sentencia-ley” representa una expresión tal vez utilizada para aludir a sentencias que tienen un grado elevado de creatividad.

Según la *communis opinio*, de índole elevadamente constructiva —por tanto no solo “negativa”— es la diversa tipología de pronunciamientos, mediante los cuales los tribunales no se limitan a expulsar del ordenamiento normas inconstitucionales, sino que añaden nuevas normativas. Las técnicas que verifican esta tendencia son de lo más variado, y la intensidad “creativa” de los pronunciamientos es distinta según los casos.

Sin embargo, el carácter normativo de las sentencias constitucionales estimatorias —que es evidente cada vez que el órgano competente esté habilitado para escribir en la parte dispositiva enunciados o fragmentos de enunciados— se aprecia también en los fallos de inconstitucionalidad puros y simples. En tal caso, en efecto, la eliminación de una parte del discurso del legislador o de las normas que de él se recaban, por un lado, determina un vacío (nadie duda que también ello represente una “norma”, aunque sea negativa); por otro lado, *crea* derecho, en el sentido de que a ese vacío se transfieren las normas aplicables por analogía o aquellas extraídas de los principios generales del derecho. En otras circunstancias, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición que enuncia una facultad o un derecho introduce (o puede introducir) una prohibición; aquélla que elimina tal prohibición u obligación introduce (o puede introducir) una facultad o un derecho.

Incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un *quid* de innovación. El problema no es, por tanto, la “cualidad” de las sentencias, sino la “cantidad” de actividad creadora. En consecuencia, no habría razón alguna por la cual la jurisprudencia constitucional no pudiese crear también estas nuevas categorías de pronunciamientos. En los Estados Unidos y en Europa puede suceder que el juez declare la inconstitucionalidad de una disposición legal “en la parte en la que *no* prevé algo” (sentencias “aditivas”), o incluso

en la parte en la que se prevé una cosa *en lugar de* otra (sentencias “manipulativas”), o —sobre todo en los sistemas de *common law*— que simplemente el tribunal establezca él mismo la regulación de una determinada materia, partiendo del caso expuesto, pero vinculando, en consecuencia, a todos los poderes públicos y privados (como por ejemplo, en el famoso caso *Roe vs. Wade* en el tema de aborto).

Tanto la jurisprudencia, en una primera fase, como, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y nuevos tipos de pronunciamientos. La doctrina de los diversos países las denomina, según los casos, decisiones “parciales”, “interpretativas”, “adicionales”, “manipulativas”, “optativas”, “intermedias”, “monitorias”, “de principio”, “atípicas”, entre otras.

A pesar de todo, observamos un doble fenómeno. Por un lado, los tribunales tienen que enfrentarse a una auténtica avalancha de cuestiones que tienen que examinar, de modo que —como le sucede al legislador— pocos temas “sociales” escapan a su apreciación: *de iure*, o *de facto*, ellos eligen qué temas van a analizar en sustancia. Por otro lado, los tribunales constitucionales son los únicos jueces que determinan el significado de las expresiones para las cuales el legislador constituyente u ordinario prohíbe el “control político”, decidir una “cuestión política”, contestar “elecciones discrecionales del legislador” o similares: expresiones, que solo en teoría contribuyen a establecer una barrera *jurídica* a su control. Actúan, por tanto, como órganos de cierre, jueces *in causa propria* y en cuanto tal habilitados para asignar un significado restrictivo o extensivo, según su propia valoración, a tales expresiones.

Hay que hacer una precisión: la expresión “sentencia-norma” sería más correcta que “sentencia-ley”, si no fuera porque debemos entender la palabra “ley” como equivalente de “norma jurídica”. Se plantea de hecho el problema de la fuerza, del rango de las sentencias estimatorias y, en particular, de las sentencias dotadas de un grado elevado de creatividad.

En la República Federal Alemana, el art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional otorga “fuerza de ley” a algunas de las decisiones asumidas por el *Bundesverfassungsgericht*: estando los jueces sujetos a la ley, se deduce que están vinculados también a las interpretaciones hechas en el pronunciamiento judicial. En España, el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente el valor jurídico de la *ratio decidendi*, disponiendo que la jurisprudencia de los tribunales debe entenderse modificada por la *ratio* de las sentencias emitidas por el mismo Tribunal Constitucional al resolver los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Véase también el ordenamiento lituano. En otros ordenamientos de control concentrado, la jurisprudencia de los propios tribunales se ha preocupado de obtener *de facto* resultados análogos, de forma que basándose en sus propios precedentes han logrado doblegar la resistencia de otros poderes del Estado. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha declarado en esencia que sus propias sentencias tienen fuerza de ley. Se deduce de diversas afirmaciones. Por ejemplo, aquellas contenidas en la sentencia 40/1979, en la cual la *Corte* ha sostenido que la relación entre la disposición modificada por una sentencia estimatoria y aquella sucesivamente adoptada da lugar a situaciones de abrogación, que

el juez ordinario ha de conocer, o en la sentencia 13/1981, donde ha negado que “la sentencia estimatoria de la *Corte* atribuya a la norma parcialmente anulada, autoridad *superior* a la fuerza propia de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley ordinaria”.

Otorgar fuerza de ley a las sentencias significa autorizar al legislador aprobar una ley que “abrogue” —por decirlo así— la normativa resultante de la sentencia del tribunal constitucional, en virtud del principio de inagotabilidad del Poder Legislativo, parecería, por tanto, que la misma idea del control de constitucionalidad podría vaciarse de contenido.

La incongruencia es solo aparente: la solución alternativa —conferir a los fallos fuerza de ley constitucional— equivaldría a cristalizarlos para siempre, o al menos hasta que se produjera una revisión de la Constitución. Hay que precisar que, en algún caso, las Constituciones optan por esta segunda fórmula, o al menos establecen la prohibición al legislador de reproducir las disposiciones declaradas inconstitucionales, como en Colombia —limitadamente a la “sustancia”— y en Chile.

Acerca del carácter de “fuente” de las sentencias creativas, siendo conocido por todos que en los ordenamientos del *common law* el precedente judicial se considera fuente del derecho y siendo pacífica la idea según la cual nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los tribunales constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos cómo —a pesar de autorizadas opiniones contrarias— parece preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law* deban incluirse como fuente del derecho las sentencias de los tribunales constitucionales con eficacia *erga omnes*. Independientemente del modo en que se configure o venga denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la abrogación o la anulación), el resultado alcanzado es precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también el de introducir otras nuevas.

Nos preguntamos, además, si también allí donde no opera el principio del precedente, pueden ser incluidas entre las fuentes del derecho las motivaciones de las decisiones constitucionales, y en particular la *ratio decidendi* de las mismas; la duda se plantea esencialmente con la República Federal Alemana, donde el *Bundesverfassungsgericht* impone a todos los poderes públicos “las concepciones jurídicas... en materia de derecho constitucional” por él manifestadas, y en España, en orden a la doctrina legal del Tribunal Constitucional, a la luz de lo dispuesto en el art. 161.1, a), constitucional, y al vínculo de la jurisprudencia que se derivaría de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, sin embargo, se da también en otros ordenamientos, como en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha sostenido que las propias sentencias de inconstitucionalidad se deben interpretar a la luz del vigente sistema legislativo. Se recuerda, a este propósito, que con frecuencia los fallos remiten a la motivación.

Para excluir el carácter de fuente de la *ratio decidendi*, en los ordenamientos de *civil law*, no basta la afirmación de que no vincula ni siquiera al mismo tribunal constitucional que la ha elaborado: característica común a casi todas

las fuentes, efectivamente, es también la inagotabilidad que las acompaña, y el poder de modificarla del órgano que las ha elaborado, salvo distinta prescripción de una fuente superior.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

SENTENCIAS ADITIVAS

Se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. La inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma, o bien —desde otro punto de vista, o en otros supuestos— dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.

La definición ahora expresada se refiere al supuesto más frecuente de sentencia aditiva de estimación, que declara la inconstitucionalidad, pero en ciertos casos podría producirse el mismo efecto extensivo con una sentencia interpretativa de desestimación. Por ello la definición más adecuada sería la que entiende por sentencias aditivas aquellas, dictadas en un procedimiento de inconstitucionalidad, que, *sin afectar al texto de la disposición impugnada, producen un efecto de extensión o ampliación de su contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la disposición no prevé.*

La definición utilizada recoge los elementos esenciales de una sentencia aditiva: 1) pronunciarse sobre un texto al que —según el Tribunal— le falta “algo” para ser conforme con la Constitución; 2) no incidir sobre el texto de la disposición impugnada; 3) producir un efecto de extensión o ampliación sobre el contenido normativo del precepto impugnado, si bien este efecto puede producirse por vías muy diferentes en los distintos supuestos de sentencias aditivas.

El supuesto más frecuente de fallo de una sentencia aditiva, y que buena parte de la doctrina considera como el único, es aquel en el que el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” no prevé, incluye o contiene “algo”.

Si bien el concepto de aditividad podría entenderse en sentido “textual” o en sentido normativo, en puridad dicho efecto se produce solamente sobre la norma. El texto queda inalterado. Es cierto que, como ha expresado Crisafulli (“La Corte costituzionale ha vent’anni”, en N. Occhiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padua, 1984), por efecto de las sentencias aditivas “la norma expresada por el texto debe leerse como comprensiva también de algo que, ilegítimamente, no estaba previsto”. Pero ese “debe leerse” no implica que el texto quede alterado o añadido, sino que su contenido normativo se entenderá ampliado en el sentido señalado por el Tribunal.

Esta es una de las claves para pronunciarse sobre la legitimidad de este tipo de decisiones. Si el efecto aditivo se produce solo sobre el contenido normativo,

y es consecuencia directa de la inconstitucionalidad de una omisión o de una norma implícita excluyente, estas decisiones se entenderán como parte de la actividad legítima del Tribunal, que se habría limitado a declarar la inconstitucionalidad parcial de dicha norma; en cambio, si se entiende que proceden directa y abiertamente a añadir algo a un precepto legal, parece que serían decisiones ilegítimas al convertir al Tribunal en legislador positivo. Por supuesto, en cada caso habrá que analizar la técnica utilizada y si el resultado normativo es admisible desde el punto de vista de la preservación de la ley y de la posición del Tribunal, y en particular si el contenido normativo resultante es el único posible a la luz de la Constitución. De lo contrario, procedería decantarse por otras técnicas como la inconstitucionalidad sin nulidad, y/o el otorgamiento de un plazo al legislador para que adecue la norma inconstitucional a la norma suprema. En cualquier caso, no conviene olvidar que se trata de un instrumento muy delicado cuyo uso debería ser excepcional.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS ADITIVAS DE PRINCIPIO

La jurisdicción constitucional ha empleado diversidad de efectos sentenciantes al momento de dictar sus fallos, rompiendo el esquema tradicional del efecto “estimatorio” o “desestimatorio” de la sentencia, lo que ha generado que la doctrina denomine a aquellas sentencias que no permanecen en los estrictos márgenes apuntados como: “sentencias atípicas”. En este sentido, José Julio Fernández Rodríguez las entiende como: “Las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas”. Por su parte, Nogueira Alcalá, las entiende como los pronunciamientos que: “A través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, que a la vez eviten el vacío normativo”.

La crítica es que el órgano de control constitucional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, pues asume una función de un órgano legislativo lo que desnaturaliza la función jurisdiccional.

A través de las “sentencias atípicas”, los órganos encargados de la jurisdicción constitucional no se limitan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas al juicio constitucional, sino que establecen lineamientos, disposiciones o sentidos interpretativos de obligatorio cumplimiento, con el objeto de evitar que el vacío jurídico (*horror vacui*) originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional.

La justificación es la de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Parten de la base de distinguir entre “disposición” y

“norma”, entendiendo a la disposición como el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal, y la norma es el contenido normativo, es decir, el significado o interpretación que se extrae de la disposición.

Las sentencias constitucionales toman en cuenta tres principios rectores de la justicia constitucional: el de presunción de constitucionalidad, el de conservación de la ley y el de interpretación conforme con la Constitución, y en efecto, se clasifican en sentencias interpretativas, manipulativas o normativas, y a su vez se agrupan a las sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, de mera incompatibilidad y exhortativas.

Respecto de las sentencias aditivas es posible definir las como aquellas en donde el órgano de control determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, en virtud que la ley no prevé o incluye algo que debería estar previsto, así el juez constitucional procede a ampliar su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

Este tipo de sentencias tienen su origen en la reacción de la Corte Constitucional italiana frente al incumplimiento por parte del legislador de sus exhortaciones para introducir modificaciones a la legislación en los casos en que el tribunal así lo sugería.

Existen diferencias respecto de una aditiva “clásica” y la aditiva de principio. En el primer caso, frente a una omisión en la disposición que se considera inconstitucional, el Tribunal subsana el vacío “mediante una norma que integra a la disposición, de manera que una vez que la disposición sale del juicio constitucional, la integración normativa practicada en la sentencia es plenamente aplicable”. Así, la sentencia aditiva declara la inconstitucionalidad de una disposición o parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo “en la parte en la que no prevé” o “excluye”, que era necesario que se previera para ser conforme a la Constitución. Así, el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una norma implícita de exclusión (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo), de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual está sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos.

En las sentencias aditivas de principio, la omisión considerada inconstitucional no viene precisada de modo particular, pues la Corte considera que existe una pluralidad de formas u opciones con las cuales la laguna podría ser suplida, correspondiendo su elección, por tanto, al legislador, lo que convierte al juez constitucional en respetuoso de la función legislativa. Sin embargo, ello no impide que la Corte destaque, de manera general, un principio que el legislador deberá tener en cuenta al momento de integrar legislativamente la disposición en aquello que se ha considerado inconstitucionalmente omitido.

Al respecto, el profesor Carlo Magno Salcedo destaca la sentencia 109/1986 de la Corte Constitucional italiana que expresa: “Una decisión aditiva es consentida, como *ius receptum*, solo cuando la solución adecuada no

sea el fruto de una evaluación discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad, en el que la Corte proceda, en realidad, a realizar una extensión lógicamente necesitada e implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el cual se inserta la disposición impugnada. En cambio, cuando se adviertan una pluralidad de soluciones, derivadas de varias posibles evaluaciones, la intervención de la Corte no es admisible, *correspondiendo la relativa elección únicamente al legislador*". Lo que evidencia que una sentencia aditiva de principio, otorga al legislador la opción de elegir la o las interpretaciones válidas de la disposición combatida.

Así, en la "sentencia aditiva de principio", como sucede en las sentencias aditivas clásicas, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos el órgano de control indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dictar los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar, de este modo se combina en el mismo instrumento decisional el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia "de delegación", alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.

Finalmente en el caso de inercia del legislador a cumplir la decisión judicial, correspondería a los jueces dar aplicación directa a los principios generados por el Tribunal Constitucional con efectos en concreto e *inter partes*.

José Ricardo Carrazco Mayorga

SENTENCIAS ADITIVAS PRESTACIONALES

Los derechos fundamentales de naturaleza prestacional se convierten en obligaciones de los poderes constituidos para dar eficacia a sus mandamientos, para lo cual, deben ser interpretados en un marco de estado social, en el que la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos para su efectivo disfrute.

Los derechos prestacionales que sin estar concebidos como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos.

Ante ello, un órgano de control constitucional al dictar un fallo en el que tenga que pronunciarse respecto de una omisión legislativa por falta de reglas que precisen el disfrute de derechos prestacionales, es dable recurrir a la emisión de una sentencia aditiva, que extienda a sujetos no contemplados en la disposición (omisión parcial), los beneficios en ella previstos, como los casos en los que una sentencia amplía para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas. Las consideraciones de la igualdad sustancial no bastan y se requiere además el concurso de la igualdad formal, la que proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión del derecho fundamental.

La sentencia aditiva prestacional plantea problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones, convierten al juez constitucional en un legislador positivo y segundo, porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles prestaciones basadas en la igualdad material.

La concurrencia es una razón de igualdad formal, es el fundamento de las sentencias aditivas prestacionales, viene a poner de relieve que en esos supuestos se construye una posición acreedora por parte de un sujeto en virtud de su discriminación formal y no solo de su desigualdad material; por ejemplo, si se concede cierta pensión no es porque se tenga un derecho fundamental a recibirla, sino más bien porque se ostenta un derecho fundamental a no ser discriminado.

Quando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo una materia propia de la esfera del legislador, ya que en muchos casos, para el debido disfrute de un derecho prestacional, es indispensable la creación de toda una estructura administrativa, producto de políticas públicas que hagan efectivos los derechos sociales, que en sí mismos, resultan de difícil concesión. Por tanto, se complica para el juez constitucional aunque no es imposible, el dictado de una sentencia aditiva en materia de derechos prestacionales, en la que proveería ante la falta de regulación integral para el ejercicio de un derecho prestacional, la forma del disfrute y goce del derecho fundamental, sin embargo se corre el riesgo que el órgano de control constitucional asuma una función legislativa, pues ejercería una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar de manera exclusiva a los parlamentos.

En ese sentido, el pronunciamiento de efectos aditivos prestacionales, suele generarse en el campo de los derechos sociales, en el que se pide al órgano de control constitucional un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias suponen un ulterior problema de efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan, pues “toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente”; por lo que el efecto sentenciador debe estar provisto de la cobertura financiera respectiva. Las sentencias aditivas vendrían excepcionalmente a condenar al cumplimiento de un derecho sin el previo respaldo financiero consignado en una norma, en este caso, si bien se resuelve un problema de constitucionalidad al otorgar un disfrute de un derecho humano, se crea al mismo tiempo otro, la falta de contemplación presupuestal para cubrir el costo del derecho fundamental.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que solo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de los únicos legitimados para

ello dentro de un Estado democrático de derecho, lo que lo hace difícil para que el juez constitucional en una sentencia provea para la protección de un derecho prestacional, sin embargo, una de las medidas posibles ante el dictado de una sentencia aditiva prestacional, es conceder el disfrute de un derecho a cargo del Estado, indicando las medidas presupuestarias de las que puede echar mano para su cumplimiento, aunado a que un efecto sería que corriera a cargo del Estado el gasto generado para el disfrute del derecho fundamental, con la obligación de contemplar el gasto erogado en la siguiente iniciativa presupuestal gubernamental.

José Ricardo Carrazco Mayorga

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ATÍPICAS

Las sentencias pronunciadas por los tribunales, cortes o salas constitucionales tienen una importancia y complejidad mayúscula, sobre todo, si se tiene en cuenta que dichas decisiones, además de realizar una labor interpretativa de los valores, reglas y principios constitucionales que determinan el contenido de las normas secundarias, también poseen una elevada trascendencia de carácter político (Ángel Garrorena Morales, 1981), en especial porque conllevan un juicio de la obra del legislador democrático. Es esta complejidad inherente a toda sentencia constitucional, y la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, lo que originó, y sigue originando, que los órganos jurisdiccionales de control constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, no se limiten a utilizar la rígida alternativa estimación-desestimación, sino que recurran a diversos tipos de pronunciamientos atípicos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutive o en la motivación de la sentencia.

Si se comienza por establecer conceptualmente el significado de la locución sentencias atípicas, se hace imprescindible la delimitación semántica de dicho término. Para ello, hay que indicar que el adjetivo “atípico (ca)” significa, en su primera acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española: “Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos”. También es posible poner de relieve que este vocablo es empleado como sinónimo de “irregular”, “diferente”, “distinto”, “especial”, “extraño”, “raro”, “infrecuente”, “variable”.

Centrándonos en el término sentencias atípicas, el mismo ha sido empleado por parte de la doctrina para hacer referencia a las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas (José Julio Fernández Rodríguez, 2007). Otros han entendido que a través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo (Humberto Nogueira Alcalá, 2004). Hay quienes han utili-

zado este término para hacer alusión a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad (Joaquín Brage Camazano, 2005). No ha faltado quien se refiere a estas sentencias señalando que tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema, o bien si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución, deba preferirse siempre la del primer grupo (Néstor Pedro Sagüés, 2002). También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias a las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Constitución, pero no lo declara formalmente, y también se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas (Iván Escobar Fornos, 2008).

Lo que interesa señalar, con independencia de la utilidad teórica que cada una de las citadas propuestas pueda tener, es que no es fácil identificar el *idem sentire* que la doctrina adscribe al término *sentencia atípica*, ya que, como se puede observar los autores suelen incluir dentro de esta categoría diferentes elementos (en parte análogos, en parte diversos) que, según ellos, son esenciales para delimitar la cobertura y contenido de este tipo de pronunciamientos.

Ante la dificultad apenas expuesta, y tomando en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de decisiones, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes a las consideradas tradicionales o clásicas, es decir, los pronunciamientos que son diferentes al supuesto elemental de sentencias constitucionales ideado por Hans Kelsen en su estudio *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* publicado en 1928: las sentencias estimatorias y desestimatorias puras y simples. Pero haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita (Francisco Caamaño Domínguez, 2000). En cambio, no utilizamos dicha denominación para indicar que la utilización de estas sentencias sea algo raro o escaso por parte de los tribunales constitucionales, ya que es evidente que algunos de estos órganos han hecho un uso constante y continuado de tales decisiones, hasta un punto en el que los pronunciamientos atípicos se han convertido en típicos, como sucedió con la Corte Constitucional italiana que en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple.

Una de las ventajas que se desprenden del término sentencias atípicas es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las que los tribunales constitucionales *determinan* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifican* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que ésta sea acorde con la ley fundamental; *recomiendan* al legislador las adecuaciones que tiene que realizar para que la norma secundaria sea

reputada como conforme con la Constitución; *armonizan* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declaran* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *sin expulsarlo* definitivamente del ordenamiento jurídico. Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común que a través de ellas se incorpora algo *nuevo* a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia (Giovanni A. Figueroa Mejía, 2011).

Por otra parte, se han propuesto numerosas clasificaciones y denominaciones para hacer alusión a las sentencias atípicas. Así, se ha hablado de sentencias interpretativas (Francisco Javier Díaz Revorio, 2001) decisiones interpretativas (Louis Favoreau, 1997; Héctor López Bofill, 2004), fallos interpretativos (Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, 1991), sentencias intermedias (Aljs Vignudelli, 1988) o sentencias moduladoras (José Antonio Rivera Santivañez, 2004), por mencionar algunas.

Cada una de estas propuestas doctrinales tiene su núcleo de verdad, al ser entendidas como nuevas perspectivas de conocimiento del fenómeno de las sentencias atípicas. Sin embargo, esta falta de uniformidad lexical en las categorías antes aludidas incita a cuestionarnos si el término sentencias atípicas puede utilizarse de forma indistinta o intercambiable con esas otras denominaciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que no existe un acuerdo absoluto respecto de la *ratio* de cobertura y contenido de estas clasificaciones.

La respuesta que se puede dar a tal planteamiento es que no puede existir tal equivalencia con relación a todas ellas, pues aunque el elemento que permite conceptuar a todas estas denominaciones parte de la idea común de que con ellas se suele hacer referencia a aquellas sentencias que escapan a la formulación tradicional (ya señalada) entre estimación y desestimación pura y simple; sin embargo, ello no implica que se pueda hablar en todos los casos de una semejanza entre dicha variedad terminológica y las sentencias atípicas.

De la terminología expuesta hay que hacer una distinción entre las denominaciones que pueden quedar incluidas unas dentro de otras, y las denominaciones que, a pesar de referirse al mismo fenómeno, tienen una terminología distinta. En el primer supuesto, nos encontramos ante lo que podríamos llamar una fusión por absorción. Dicha fusión surge en el caso en que una denominación solo sirve para especificar otra, por ejemplo, las sentencias interpretativas son todas sentencias intermedias, pero además son moduladoras; o bien, desde otra perspectiva, los fallos interpretativos quedan comprendidos dentro de la clasificación de las sentencias interpretativas, así como dentro de las decisiones interpretativas. Estas dos, a su vez, quedan incluidas en la categoría más general de las sentencias atípicas. En el segundo supuesto, estamos ante un intercambio terminológico que podríamos llamar fusión por intercalación, por ejemplo, el caso de las sentencias intermedias, moduladoras y atípicas, que sin tener igual identidad nominal son utilizadas para aludir a un mismo o muy similar fenómeno tipológico de sentencias. Por tanto, las sentencias atípicas serán calificadas como el género y las sentencias interpretativas, las decisiones interpretativas y los fallos interpretativos como una especie de dichas sentencias. En cambio, los términos sentencias moduladoras y sentencias intermedias pue-

de ser utilizados como sinónimos de sentencias atípicas. Esto es porque los diversos tipos de pronunciamientos atípicos modulan de alguna forma los efectos de las sentencias constitucionales y son intermedios entre la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple.

Giovanni A. Figueroa Mejía

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Por sentencias interpretativas suele entenderse un tipo de sentencias recaídas en los procedimientos sobre la constitucionalidad de las normas, que se sitúan en un término medio entre las sentencias desestimatorias y las plenamente estimatorias, ya que sin afectar al texto de la disposición impugnada, de alguna manera afectan a la interpretación del mismo. Se trata de una categoría de creación doctrinal y jurisprudencial, cuyo origen se encuentra en Italia, pero que se ha extendido a la práctica totalidad de los sistemas de justicia constitucional. Esta misma circunstancia hace que sea muy difícil precisar sus contornos y llevar a cabo una definición universalmente válida de sentencias interpretativas. La terminología para referirse a esta categoría, a otras muy similares, o a subcategorías que forman parte de las sentencias interpretativas, es muy variada. A título de ejemplo, la doctrina ha hablado de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), integrativas (*integrative*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sottrattive*), sentencias *indirizzo*, o sentencias normativas (*sentenze normative*). Como puede suponerse, algunas veces los autores utilizan diversas denominaciones para referirse aproximadamente a lo mismo, y otras veces, en cambio, se refieren a sentencias distintas, usando la misma denominación.

En realidad, las sentencias interpretativas forman parte del amplio grupo de sentencias o decisiones “intermedias” que son aquellas que no son de estimación total ni de desestimación pura (aunque para algunos vienen a confundirse prácticamente con toda esa categoría). Por ello para ubicar con precisión las que realmente son sentencias interpretativas, es necesario partir de una clasificación de las sentencias sobre el fondo en los procesos de inconstitucionalidad, que puede llevarse a cabo desde una perspectiva formal o material. La primera se centraría en el pronunciamiento que el fallo de la decisión expresa, y según la misma cabría distinguir:

I. Sentencias desestimatorias, que pueden ser:

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.

2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.

3. Otros tipos de sentencias desestimatorias, como las que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se

modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales.

II. Sentencias estimatorias, dentro de las cuales cabe, a su vez, distinguir entre:

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.

2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:

A. Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.

B. Sentencias de estimación parcial *respecto a la norma*, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas se califican a veces en un sentido amplio como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

a. Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos.

b. Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas” (véase la entrada correspondiente de este *Diccionario*).

3. Otros tipos de sentencias parcialmente estimatorias, como las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o la “mera incompatibilidad”, o las que afirman que un precepto “no es aplicable” en un territorio determinado o, en el caso español “no tiene carácter básico” o “no tiene carácter orgánico”.

La clasificación expuesta se basa en un criterio formal, que tiene en cuenta el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Aunque en un sentido amplio todas las sentencias que no son de estimación o de desestimación pura (es decir, exceptuando los apartados 1.1 y 2.1) forman parte de los “tipos intermedios”, en sentido propio solo los señalados en los apartados 1.2 y 2.2.B pueden calificarse como interpretativas (y aun para algunos autores, en un sentido más estricto, solo lo serían las de los apartados 1.2 y 2.2.B. a).

Pero paralelamente a la clasificación realizada, cabe una clasificación material o, si se prefiere, cabe matizar la clasificación apuntada con criterios materiales, si se tiene en cuenta no la mera formulación del fallo, sino sus efectos reales en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva,

es preciso destacar que todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello sería coherente que el fallo de una sentencia interpretativa fuera siempre formalmente de estimación parcial. De lo contrario, nos encontramos con que las sentencias interpretativas desestimatorias encubren a veces fallos que materialmente son interpretativos estimatorios o manipulativos.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio de clasificación utilizado, es preciso encontrar aquellos rasgos comunes a todas las sentencias interpretativas, que permitan una definición conjunta, para asegurarnos de que en efecto estamos hablando de un mismo tipo o grupo de sentencias.

En este sentido, es habitual referirse en general a las sentencias interpretativas como aquellas en las que el Tribunal señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse. Pero esta definición, válida para las sentencias interpretativas en el sentido más estricto, dejaría fuera las llamadas “sentencias manipulativas”, que presuponen la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado no alternativa, sino conjuntamente, de la disposición, y que tienen en común el dejar inalterado el texto, afectando al contenido normativo. Por ello parece que la definición más idónea de sentencias interpretativas sería la que entiende que son las sentencias, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, *dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución.*

De este modo, en muchos casos una sentencia interpretativa puede adoptar formalmente una u otra decisión (desestimación o estimación), llegando por ambas vías a la misma conclusión de entender que una norma, parte de ella, o varias no son acordes con la Constitución. En efecto, dicha conclusión puede expresarse diciendo que una disposición es constitucional interpretada en el sentido X (o, si no se interpreta en el sentido Y), o bien que dicha disposición es inconstitucional interpretada en el sentido Y. Han sido factores institucionales o políticos los que han provocado la utilización de uno u otro tipo de fallos.

En este sentido, las sentencias interpretativas de desestimación o rechazo, definidas en el sentido ya apuntado, constituyeron en Italia el primer tipo de pronunciamiento —desde el punto de vista temporal— que se separaba de la dualidad acogimiento-rechazo, siendo muy frecuentes a partir de 1956, año en el que se pronunciaron las primeras decisiones de este tipo, iniciándose un periodo de aproximadamente una década en el que las mismas ocupan un acusado protagonismo en la práctica y en la doctrina. Después, las dudas sobre los efectos de estas decisiones frente a los jueces y tribunales ordinarios, y la resistencia de algunos de estos —incluida la Corte de Casación— a seguir la interpretación acogida por la Corte Constitucional en las sentencias interpretativas desestimatorias, dieron lugar a lo que se llamó “guerra entre las dos Cortes”, lo que provocó que estas decisiones cedieran su protago-

nismo en favor de las sentencias interpretativas estimatorias, con las que en algunos casos la Corte Constitucional volvía a pronunciarse sobre preceptos que anteriormente había declarado constitucionales (si se interpretaban en cierto sentido).

Hoy, las sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto son en general menos utilizadas que las de desestimación, acaso porque se supone que son menos acordes con el principio de conservación de la ley. Pero en realidad el fallo interpretativo estimatorio resulta más adecuado, en primer lugar desde el punto de vista del contenido normativo considerado inconstitucional, ya que preserva cualquier otra posible interpretación que no se haya considerado en el proceso, descartando solo la que de manera expresa se considera inconstitucional, mientras que el fallo desestimatorio suele elegir una única interpretación rechazando de forma implícita cualquier otra, y en segundo lugar, partiendo de consideraciones de mayor seguridad jurídica, ya que en el caso de las sentencias interpretativas estimatorias existe un pronunciamiento formal y expreso de inconstitucionalidad en el fallo, que “previene” sobre dicha afectación a las interpretaciones o normas derivadas del precepto.

En fin, las sentencias interpretativas plantean no pocas cuestiones de relevancia, como son las relativas a su fundamento, su legitimidad y sus efectos. Respecto a lo primero, suelen invocarse la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de conservación de la misma en la parte en que sea posible, para justificar la adopción de estas decisiones, que en principio serán siempre menos invasivas de la obra del legislador que una declaración de inconstitucionalidad global e incondicionada. Sin embargo, conviene valorar el sentido de esta justificación en cada caso, ya que a veces la operación que estas decisiones realizan sobre el contenido del precepto puede conllevar una modificación o alteración del mismo. Precisamente al hilo de esta cuestión se plantea la legitimidad de estas decisiones. Al respecto, puede decirse que sin duda las mismas exceden de los planteamientos del modelo kelseniano, pero ello no significa que su uso deba rechazarse en bloque. Más bien resultarán admisibles cuando con las mismas el Tribunal no se exceda en el ámbito de su función depuradora del ordenamiento, y por tanto se limite a rechazar o descartar interpretaciones (o contenidos normativos escindibles) que resulten inconstitucionales; en cambio, no serán decisiones legítimas cuando procedan a una alteración o manipulación de dicho contenido normativo, usurpando el Tribunal la posición del legislador.

Aun en los supuestos en los que existe un fundamento que legitime la decisión adoptada, hay que entender que su uso por los tribunales debe ser cauteloso, pues la profusión de este tipo de pronunciamientos introduce un notable factor de complejidad en el ordenamiento, y pone en riesgo el principio de seguridad jurídica, toda vez que, cuando existe una sentencia interpretativa resulta ya imposible conocer el contenido normativo realmente derivado de una disposición sin acudir a dicha sentencia, que se sitúa así al mismo nivel de la norma a la que integra, lo cual, cuando se produce de forma muy frecuente en el ordenamiento, produce indeseables efectos de complejidad e inseguridad.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS MANIPULATIVAS

Las denominación “sentencias manipulativas” tiene un origen doctrinal y perfiles un tanto difusos. Podemos decir que se trata de sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad que pertenecen a la categoría de las denominadas “sentencias intermedias”, ya que no son totalmente estimatorias ni desestimatorias, y tienen en común el producir un efecto de modificación, reducción o ampliación del contenido normativo de un precepto, sin alterar en absoluto el texto de la disposición. Aunque no hay acuerdo doctrinal sobre su definición y clasificación, pertenecerían así a la categoría de las llamadas “sentencias interpretativas” si se entiende esta en sentido amplio, pero se diferencian de las sentencias interpretativas en sentido estricto en que estas últimas operan con interpretaciones alternativas, mientras que las manipulativas afectan a parte de un contenido normativo derivado conjuntamente de la disposición (véase Sentencias interpretativas).

Con este criterio, podríamos definir sentencias “manipulativas” como aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. Con todo, hay que precisar que esta definición se corresponde con las sentencias manipulativas formalmente estimatorias (que son sin duda la mayoría); pero puede haber también sentencias materialmente manipulativas que adopten la forma de una sentencia interpretativa desestimatoria. Por ello la definición “material” de sentencias manipulativas se referiría a las que producen (ya sea estableciéndolo de forma explícita o de manera implícita) la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición. La doctrina en español suele utilizar esta denominación para referirse a este grupo de decisiones, a sabiendas de que se trata de un italianismo, y de las connotaciones peyorativas o “deslegitimadoras” que conlleva.

En efecto, para quien parta de un concepto de sentencias manipulativas según el cual las mismas transforman o modifican el significado normativo de un texto (en el sentido de que lo “manipulan”, sustituyen o adicionan para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía), no hay necesidad de plantearse cuestiones como la de su legitimidad o admisibilidad constitucional, que quedaría resuelta negativamente desde la definición. Sin embargo, si bien es cierto que estas sentencias producen una cierta modificación o alteración del contenido normativo (también se modifica o altera lo que se ve reducido), lo que hay que analizar es si dicha alteración se realiza mediante una manipulación, adición o sustitución contraria a las funciones que corresponden al Tribunal, o bien permanece dentro de la lógica de la anulación propia de dichas funciones.

Y esta es una cuestión fundamental para resolver el problema más acuciante al que han de enfrentarse estas decisiones, que es el de su legitimidad constitucional. Esta legitimidad puede cuestionarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la consideración de la función “positiva” o creadora aparentemente realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal, e invadiendo por tanto las competencias

del legislativo; en segundo lugar, desde la relación que debe existir entre la jurisdicción constitucional y la función interpretativa de los jueces ordinarios. Por ello, como ha destacado Zagrebelsky (*La Giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988), estas sentencias parecen no resolver el siguiente dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, correspondería al legislador introducirla.

Si bien la modificación del contenido normativo puede producirse, al menos aparentemente, por reducción, adición o sustitución, lo que tienen en común todas las sentencias manipulativas es que anulan una parte del contenido normativo complejo, de manera que desde este punto de vista, todas ellas proceden a una reducción de dicho contenido. En este sentido y con referencia a sus efectos, serán los que el ordenamiento de que se trate otorgue a las sentencias estimatorias, y por tanto habitualmente tendrán efectos *erga omnes* en lo que atañe a la declaración de inconstitucionalidad de parte del contenido normativo. En cuanto al posible contenido normativo positivo, el mismo solo será legítimo si deriva automáticamente de la norma una vez suprimido su contenido inconstitucional.

Ello nos conduce a la cuestión de la legitimidad, que solo puede abordarse considerando por separado los tres tipos de sentencias que habitualmente se incluyen en esta categoría, y que son las sentencias reductoras, las aditivas y las sustitutivas.

(Véase Sentencias reductoras, Sentencias aditivas, Sentencias sustitutivas).

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS MONITORIAS

Las sentencias monitorias son aquellas en las que los tribunales constitucionales comúnmente en la motivación de sus pronunciamientos y, en algunas ocasiones, en la parte dispositiva de la sentencia, señalan al legislador las pautas (e incluso, las modificaciones) que debe seguir (o realizar) para que el texto legal sea conforme con la Constitución, dirigiendo o influenciando de este modo su futura actividad legislativa.

Estas decisiones se diferencian entre sí por el diverso perfil de los criterios directivos en ellas expresados. Esto es, a veces se envían al legislador mensajes que originalmente parecían cumplir una función de simple recomendación finalizando con la modificación del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se hacen meras invitaciones genéricamente dirigidas al legislador, para incitarlo a comportarse de un cierto modo en el futuro, o incluso, se pronuncian decisiones en las que el tribunal dicta los principios normativos con los que el legislador deberá actuar, dándole a éste una especie de mandato. Este último supuesto es el que suele considerarse más eficaz, ya que pretende vincular la actividad legislativa en relación con puntuales prescripciones, y se caracteriza porque no solo solicita al legislador que reforme un determinado sector legislativo, sino que le sugiere también cómo hacerlo.

Desde otra óptica, estos pronunciamientos suelen manifestarse ya de forma clara, ya de forma implícita. En el primer caso, los tribunales adoptan, en

general, fórmulas configuradas del siguiente modo: “es tarea del legislador”, “se llama al legislador para una eventual intervención”, “el legislador puede dar una nueva estructura... siempre que sean respetados”, “corresponde al legislador”, “el legislador valorará sí”, “compete al legislador remediar los eventuales inconvenientes”. En el segundo caso, las sugerencias no son detectadas gramaticalmente, sino solo aparecen implícitas en la motivación de la sentencia. De hecho, mientras que algunas veces la sugerencia que se hace al legislador tiene un nexo estrecho con la parte dispositiva de la sentencia (es decir, el tribunal se preocupa de las consecuencias provocadas por sus decisiones), en otros la sentencia constituye solo una oportuna ocasión para invitar al legislador a reformar una disposición o, incluso, toda la materia, y la parte resolutive no condiciona en absoluto la manifestación contenida en la motivación.

También se ha sostenido que uno de los inconvenientes que se desprenden de este tipo de pronunciamientos es que afectan negativamente la libertad del legislador, sobre todo cuando las manifestaciones del tribunal constitucional no son solo expresiones meramente facultativas, sino que se traducen en verdaderas exhortaciones que orientan la futura actividad legislativa (Vezio Crisafulli, 1976). Ante este tipo de peligros se ha respondido que la invasión de la libertad del legislador no se produce porque la manifestación del tribunal es solo una propuesta, invitación o recomendación, y es el legislador el que a fin de cuentas no solo decide *si* la adopta, sino que además decide *cómo* y *cuándo* la adopta (Gustavo Zagrebelsky, 1988).

Dentro de las clasificaciones que pretenden ordenar la copiosa variedad de este tipo de pronunciamientos se ha sugerido una que distingue el perfil formal del pronunciamiento que comprende, básicamente, dos supuestos generales: *a*) sentencias monitorias desestimatorias, que son aquellas en las que se exhorta al legislador a realizar ciertas modificaciones en la legislación para que deje de tener una constitucionalidad precaria, y *b*) sentencias monitorias estimatorias, que son aquellas con las que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una norma declarada inconstitucional, encomienda al legislador la creación de un nuevo texto legal que sea acorde con la Constitución. En el primero de estos supuestos la norma impugnada no es inconstitucional, pero el órgano de control constitucional advierte que puede llegar a serlo en el futuro si el legislador no modifica la regulación. En el segundo supuesto, en cambio, primero se declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y, después, en la misma sentencia, se recomienda al legislador que cubra el vacío normativo de forma inmediata; o bien se le fija un plazo para que lo haga. También entran dentro de este último supuesto las sentencias que en la jerga alemana se ha convenido en denominar como sentencias de inconstitucionalidad (o de incompatibilidad) sin nulidad.

En la práctica de los tribunales constitucionales es más común encontrar pronunciamientos monitorios en sentencias desestimatorias que en estimatorias. La razón de este proceder puede ser que todas las veces que un tribunal constitucional anula una disposición implícitamente está introduciendo un efecto monitorio, pues todas las sentencias estimatorias incluyen, invariablemente, una admonición para el legislador; de ahí que no se considere nece-

sario explicitar la monición, que en muchas ocasiones aparecería como algo redundante.

La eficacia de este tipo de sentencias no deja de ser dudosa, ya que depende de la “sensibilidad” que el legislador pueda tener, de la peculiar posición que en cada ordenamiento tiene el órgano de justicia constitucional y de la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador. El concreto alcance de las recomendaciones insertas en este tipo de sentencias depende, por tanto, de la autoridad de quien las dicta (juez constitucional) y de la aceptación de quien las debe cumplir (legislador democrático), puesto que no hay forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte o recomiende al legislador hacer algo.

Por otra parte, un criterio que puede ser útil para valorar la eficacia de este tipo de decisiones es la distinción formal que ha sido introducida entre sentencias monitorias desestimatorias y estimatorias, pues el nivel de presión que se ejerce sobre el legislador en uno u otro caso es diverso.

Desde esa perspectiva, el efecto menor sería para las directrices expresadas en pronunciamientos desestimatorios, cuyo valor de influencia sobre el legislador se aproximaría al de las “manifestaciones optativas” (recomendaciones) entendidas como “expresiones de una indeterminada función auxiliar de la Corte” (Lucio Pegoraro, 1987). Dicho efecto minoritario se configura en términos de “influencia mínima”, de “auspicio” (mera manifestación de deseo), de “auspicio reforzado” —con reclamos a la “oportunidad”, a la “sistematización de la intervención legislativa”; o bien con la utilización del verbo “deber”— (Nicola Assini, 1982). El efecto mayor, por el contrario, sería producto de aquellas sentencias de estimación que indican criterios directivos más penetrantes, los cuales legitimarían aquellos planteamientos que hablan de “encomiendas” del juez constitucional. En tales casos, esos planteamientos fungirán como “oráculo” de la constitucionalidad —quizás en un “momento de razón constante y profunda”, quizá con la función de “garante de la evolución del ordenamiento”— de la futura disciplina positiva de un determinado sector (Giorgio, Lombardi, 1985). Además, según algunos, dicho reforzamiento de las funciones del tribunal constitucional representaría un camino hacia una relación de colaboración con tendencia a efectuar una penetración entre la Corte y el Parlamento (Franco Modugno, 1985).

Giovanni A. Figueroa Mejía

SENTENCIAS REDUCTORAS

Son aquellas que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial, conllevan una reducción de la “extensión” del contenido normativo de un precepto. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados de forma genérica, o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto. El fallo de este tipo de sentencias puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en cuanto incluye”, “en cuanto es aplicable”, o “en la parte en que prevé” o “en la parte

en que no excluye” su aplicación a cierto supuesto, o en general cierta norma (aunque también es posible encontrar sentencias materialmente reductoras que adoptan el fallo propio de una sentencia interpretativa desestimatoria).

En principio, estas decisiones serían, entre las que hemos denominado “sentencias manipulativas”, las que menos problemas plantearían en cuanto a su legitimidad constitucional. Siempre que se considere que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de las normas contenidas en una disposición legal, y no solo del texto de la misma, se tenderá a admitir este tipo de fallos. Admitido lo anterior, no deberían plantear excesivos problemas en cuanto a la relación entre Tribunal Constitucional y legislador, ya que aquí la decisión del Tribunal posee unos efectos meramente negativos (o reductores), si bien recae sobre el contenido normativo. Y, partiendo del mismo presupuesto, tampoco deberían provocar conflictos entre Tribunal Constitucional y jueces ordinarios, ya que si aquel puede pronunciarse también sobre normas, podrá declarar la inconstitucionalidad de estas, que es lo que vienen a hacer estas sentencias. En todo caso, la licitud de este medio conlleva un requisito adicional, consistente en que el contenido normativo inconstitucional sea escindible o posea cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera que este pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser “completado” o precisado por la propia sentencia (en caso contrario, lo procedente sería la declaración de inconstitucionalidad simple).

Dentro de las sentencias reductoras, se ha distinguido las que operan una reducción absoluta, y aquellas que realizan una reducción relativa: en el primer caso, la norma deja de ser aplicable, a todos los efectos y de forma definitiva, en alguno o algunos de los supuestos contemplados en el precepto; en el supuesto de las “reducciones relativas” lo que se produce es una negación de la pretensión de aplicación incondicionada que ostentaba la norma en determinado supuesto. A este grupo pertenecerían las sentencias que declaran que determinado precepto legal “es de aplicación supletoria” en un territorio determinado.

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTENCIAS SUSTITUTIVAS

El supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa viene constituido por las llamadas “sentencias sustitutivas”, en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal. La fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (*anziché*) otra cosa, aunque también en este caso es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan de manera formal fallos interpretativos desestimatorios.

En realidad, las sentencias sustitutivas se diferencian del resto de las sentencias manipulativas en que implican una declaración de inconstitucionalidad parcial que podría afectar a una parte del texto (aunque también, como

es obvio, al contenido normativo derivado de ese fragmento textual). Incluso podría dudarse de la pertenencia de estas sentencias al grupo de las manipulativas, que viene definido precisamente porque la declaración de inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de una disposición textual, no afecta sin embargo a esta. Pero creo que es preferible considerar que las sentencias sustitutivas son una especie “anómala” —aún más— de las sentencias manipulativas, ya que su distancia con otro tipo de decisiones es mucho mayor. En efecto, y a pesar de operar esta inconstitucionalidad parcial sobre el texto, poco tienen que ver estas sentencias con las de acogimiento parcial sobre la disposición, ya que la operación más relevante realizada por una sentencia sustitutiva —precisamente la que sirve para definirla y darle nombre— es la sustitución realizada en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva se aprecia su proximidad a las restantes sentencias manipulativas, ya que dicha sustitución supone, en mayor medida que cualquier otra decisión, una modificación o alteración del contenido normativo.

De acuerdo con el esquema de funcionamiento de estas sentencias, las mismas realizarían en realidad la misma operación que una sentencia aditiva (la adición, añadido o extensión del contenido normativo), si bien precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. Se ha distinguido en las sentencias sustitutivas un aspecto “ablativo” (*profilo ablatorio*), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un aspecto reconstructivo (*profilo ricostruttivo*) dirigido a llenar dicho vacío. Desde el punto de vista de la formulación de los pronunciamientos, esta apreciación es ajustada a su formulación más habitual. Con todo, como ya se ha destacado, en realidad al menos una parte de las sentencias aditivas conllevan también un aspecto “ablativo” o de anulación, si bien este recae sobre una norma implícita, pero derivada de la disposición impugnada.

En propiedad, hay dos diferencias entre sentencias aditivas y sustitutivas: la primera, que en estas el aspecto de ablación recae (por lo menos la mayor parte de las veces) no solo en la norma, sino también en parte de la disposición, mientras que en las aditivas, en caso de existir, siempre recaería sobre una norma implícita de exclusión. La segunda diferencia reside en que mientras en las sentencias aditivas la parte reconstructiva surge “automáticamente” de la anulación de la norma implícita, o de la interpretación extensiva o analógica del precepto, en las sentencias sustitutivas esa parte no siempre deriva necesariamente del precepto impugnado, ni es consecuencia de la anulación de la parte inconstitucional, sino que es normalmente añadida por el propio Tribunal obedeciendo —en el mejor de los casos— las exigencias constitucionales.

Se puede comprender que las sentencias sustitutivas son las más cuestionables desde el punto de vista de su legitimidad, así como en sus efectos. Para una valoración más precisa de este aspecto, es preciso distinguir diversos supuestos (siguiendo a Lanzillo, “Potere creativi della Corte Costituzionale nei guidizi incidentali sulla validità delle leggi”, en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milán, 1985): a) los casos en los que la disposición sustitutiva no es sino la enunciación de los efectos que inevitablemente el intérprete habría debido deducir de la declaración de ilegitimidad, con base en

la lógica del sistema (entre los que pueden considerarse incluidos aquellos en los que la adición puede derivar de la correcta interpretación del precepto, tras dicha declaración de inconstitucionalidad parcial), estos supuestos estarían dentro de la función que corresponde al Tribunal, pero parece que serán los menos frecuentes, y *b*) los casos en los que el Tribunal introduce reglas del todo nuevas y diversas, en los que por ello mismo sobrepasa los límites de sus poderes (también estaríamos en este segundo caso cuando esas reglas puedan derivar de la Constitución, pero no del precepto impugnado, según queda tras la declaración de inconstitucionalidad).

Francisco Javier Díaz Revorio

SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN

La expresión “Sentimientos de la Nación”, es un pensamiento reflexivo que expresaba la conciencia colectiva de la nación, fue un gran legado que Morelos dejó a los Mexicanos. En ellos dictó los puntos básicos para redactar la Constitución política de un país que quería surgir a la vida independiente y soberana (*Enciclopedia Guerrerense*).

Fue inspirada por José María Morelos y Pavón (sacerdote, jefe militar, reformador político y social, y “Siervo de la Nación” como él mismo se denominaba) (H. Timmons, *Morelos*, p. 114.), quien bajo la dirección de Hidalgo, que habló sobre la necesidad de “fomentar un congreso con representantes de todas las provincias”, con el fin de institucionalizar el movimiento emancipador, Morelos, tan pronto aseguró el dominio de una vasta región del sur, convocó al congreso, conocido como Primer Congreso de Anáhuac, con el propósito de establecer un gobierno que, “al frente de la nación administre sus intereses, corrija los abusos y restablezca la autoridad e imperio de las leyes”. (*Enciclopedia Guerrerense*)

Morelos eligió al pueblo de Chilpancingo, al que elevó al rango de ciudad, para que fuera sede del congreso, y un día antes de su instalación dictó a Andrés Quintana Roo el documento llamado Sentimientos de la Nación. En el texto, Morelos sentó las bases del trabajo de la memorable asamblea, las cuales darían como resultado el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente llamada Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814 (*Enciclopedia Guerrerense*).

Antes de los Sentimientos de la Nación existieron dos documentos similares: los “Elementos de Nuestra Constitución”, de Ignacio López Rayón (De Icaza Dufour, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 418 y el “Manifiesto y los Planes de Guerra y Paz”, de José María Cos). La gran diferencia con el texto de Morelos es que ambos documentos reconocen la persona del monarca español, Fernando VII, como depositario de la soberanía de la Nación, en tanto que, para Morelos “la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía” (*Enciclopedia Guerrerense*)

“Los Sentimientos de la Nación”, recapitulan, propuestas y declaraciones, principalmente de Hidalgo, Ignacio López Rayón, de las Cortes de Cádiz, y del propio Morelos, quien incorpora reclamos del pueblo percibidos por él a lo largo de su vida y no considerados hasta entonces. Morelos deseaba que

tales puntos fuesen la guía en las deliberaciones del Congreso por el convocado y que finalmente fueran parte de la Constitución (http://aleph.academia.mx/jspui/bitstream/56789/8644/1/legajos_07_03001).

Proclamación de los Sentimientos de la Nación.

El 14 de septiembre de 1813, reunidos en la Parroquia de Chilpancingo (Pasquel, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del estado de Veracruz*, t. II, p. 238), el secretario de Morelos, Juan Nepomuceno Rosains, leyó el documento que escribió Morelos titulado “Sentimientos de la Nación”, en el que trazaba su programa político y social para que lo discutiera el congreso (H. Timmons, *Morelos*, p. 119), que se instaló en esa misma fecha y empezó con el pronunciamiento de Morelos del discurso inaugural los “Sentimientos de la Nación”, procediendo con el examen del texto (H. Timmons, *Morelos*, p. 119).

Asistieron al Congreso de Chilpancingo delegados en representación de doce provincias, entre ellos: José María Cos, Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante, Ignacio López Rayón, José María Liceaga, José Sixto Verdúzco, José María Murguía y Galardi, José Manuel de Herrera y el propio Morelos (<http://es.wikimexico.com/wps/portal/wm/wikimexico/periodos/mexico-virrey-nal/aires-libertarios/hechos/los-sentimientos-de-la-nacion>). El documento “Sentimientos de la Nación” de Morelos, se conserva en el Archivo General de la Nación (http://es.wikipedia.org/wiki/sentimientos_de_la_nacion).

Consta de 23 puntos acerca de las materias de mayor importancia para la causa insurgente (*Enciclopedia Jurídica Mexicana*).

“Sentimientos de la Nación.

1º Que la América es libre independiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

2º Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.

3º Que todos sus ministros se sustenten de todos y solo los diezmos y primicias, y el pueblo no tenga que pagar más obviaciones que las de su devoción y ofrenda.

4º Que el dogma sea sostenido por la jerarquía de la iglesia, que son el papa, los obispos y los curas, porque se debe arrancar toda planta que Dios no plantó: *omnis plantatis quam non plantabit Pater meus Celestis Cradicabitur*. Mat. Cap. XV.

5º Que la Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias de números.

6º Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.

7º Que funcionarán cuatro años los vocales, turnándose, saliendo los más antiguos para que ocupen los nuevos electos.

8º La dotación de los vocales, será una congrua suficiente y no superflua, y no pasará por ahora de ocho mil pesos.

9º Que los empleos sólo los americanos los obtengan.

10º Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha.

11° Que los Estados mudan costumbres y, por consiguiente, la Patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el Gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra nuestra Patria.

12° Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13° Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14° Que para dictar una ley se haga junta de sabios en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles.

15° Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud.

16° Que nuestros puertos se franqueen a las naciones extranjeras amigas, pero que éstas no se internen al Reino por más amigas que sean, y sólo habrá puertos señalados para el efecto, prohibiendo el desembarque en todos los demás, señalando el diez por ciento.

17° Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores.

18° Que en la nueva legislación no se admita la tortura.

19° Que en la misma se establezca por Ley Constitucional la celebración del día 12 de diciembre en todos los pueblos, dedicado a la Patrona de nuestra Libertad, María Santísima de Guadalupe, encargando a todos los pueblos, la devoción mensual.

20° Que las tropas extranjeras o de otro Reino no pisen nuestro suelo, y si fuere en ayuda, no estarán donde la Suprema Junta.

21° Que no hagan expediciones fuera de los límites del Reino, especialmente ultramarinas; pero [se autorizan las] que no son de esta clase, [para] propagar la fe a nuestros hermanos de Tierra dentro.

22° Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento de semillas y demás efectos u otra carga igual, ligera, que no oprima tanto, como la Alcabala, el Estanco, el Tributo y otros; pues con esta ligera contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la guerra y honorarios de empleados.

Chilpancingo, 14 de septiembre de 1813.

José María Morelos. [Rúbrica]

23° Que igualmente se solemnice el día 16 de septiembre todos los años, como el día aniversario en que se levantó la voz de la Independencia y nuestra santa Libertad comenzó, pues en ese día fue en el que se desplegaron los labios de la Nación para reclamar sus derechos con espada en mano para ser oída; recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor Dn. Miguel

Hidalgo y su compañero Dn. Ignacio Allende (tachados en el original: “despregaron” “con”, “en mano”).

Repuestas en 21 de noviembre de 1813 y por tanto, quedan abolidas éstas, quedando siempre sujetos al parecer de Su Alteza SS” (*Sentimientos de la Nación*)

En Los Sentimientos de la Nación, se establecieron los principios que han sido a lo largo de los años el eje fundamental en torno al cual ha girado el avance de la nación mexicana en su lucha por implantar un gobierno de leyes. Trata de entablar una soberanía que reconozca el Estado nacional como independiente, justo y solidario entre su gente para poder formar una nación digna de respeto y autonomía ante las entidades internacionales (www.inehrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf).

Los enunciados formulados por José María Morelos y Pavón, fueron puntos fundamentales para el incipiente Estado nación de la época, pues en ellos se trataron puntos torales que se hacen totalmente actuales, tales como que la soberanía dimana del pueblo representado por el Congreso Nacional (www.juridicas.unam.mx). Siendo una pena que a doscientos años de que Morelos emitió Los Sentimientos de la Nación, el pueblo no tenga una verdadera representación en ese Congreso, pues estos como antaño solo observan los intereses de los grandes capitales, olvidándose de los intereses del pueblo.

Proclama la división de poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, separados pero compatibles, inspirados en Montesquieu, quien en su obra *El espíritu de las leyes*, afirmaba que no hay Constitución, aunque se tenga, si no hay división de poderes (www.juridicas.unam.mx). Cuestión esta última que inequívocamente aún no se cumple en nuestro país, pues es inconcuso, que el Poder Ejecutivo tiene actualmente el control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por ende del Poder Judicial de la Federación.

En otro punto refiere, “que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados”, realidad que no se cumple no solo en el ámbito penal, sino en el civil, laboral, agrario así como el administrativo, por la total falta de observancia a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

En otro punto que para colmo tampoco se ha conseguido, es el que refiere “que para dictaminar una ley se haga junta de sabios para que procedan con acierto...”, pero hoy dónde están los sabios, si el Congreso está lleno de todo menos de eso, “sabios”, lo cual es sin duda lamentable, lo que se refleja en las leyes emitidas al vapor, leyes que hacen unos cuantos para beneficiar a los grandes capitales nacionales y extranjeros, por eso, dónde están los sabios, si el 90% de los diputados y senadores se limitan a levantar el dedo cuando su bandada le indique. En otras palabras, según Morelos, las buenas leyes no son cosa de solo número de votantes, sino la calidad de contenido que proviene, más que de mera información, de sabiduría (<http://estepais.com/inicio/historicos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>).

Otro sentimiento innovador es el 12, al apuntar hacia la equidad socioeconómica, mediante la moderación de la opulencia y la indigencia, aumentando los salarios de los pobres, ideal que ningún caudillo o Constitución alguna había considerado, pero como vemos, hoy dicho ideal solo sirve de estandarte

a todas las fuerzas políticas en sus campañas electoreras, sin que ninguno de los que la proclaman al momento de ser sujetos de elección logre combatirla al estar en el gobierno.

En cuanto a otros sentimientos relativos a la religión e Iglesia, es de advertir la supresión de la inquisición implicada en el punto 3, “puesto que era una planta no plantada por el Padre Celestial”. También es de advertir la moderación del fuero y de las percepciones del clero. Mas por otra parte, es notoria la intolerancia religiosa del punto 2, explicable solo por la mentalidad reinante, que suponía la unidad religiosa como indispensable para la unidad política.

Tal intolerancia va de la mano con los artículos relativos a restricciones frente a extranjeros, cinco en total, con lo que se pretendía preservar con esto la independencia y la seguridad del Congreso, ante las ambiciones de otros países (<http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Qué mentalidad la de José María Morelos y Pavón, quien supo ver desde hace 200 años las ambiciones internacionales que pretendían incitar a los legisladores a emitir leyes que los beneficiaran, y nuestros legisladores actuales incapaces de sobreponerse a ello, se dejan manipular por esos intereses de capitales y naciones externas.

El Congreso asumió Los Sentimientos de la Nación en la declaración de independencia del 6 de noviembre de 1813 (<http://estepais.com/inicio/históricos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Con la leyenda: “Dado en el palacio nacional de Chilpancingo, a seis días del mes de Noviembre de 1813.- Lic. Andrés Quintana, vice-presidente,- Lic. Ignacio Rayo.- Lic. José Manuel de Herrera, Lic. Carlos María Bustamante.- Dr. José Sicto Verduco.- José María Liceaga.- Lic. Cornelio Ortiz de Zarate, Secretario” (Pasquel, Leonardo, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del Estado de Veracruz*, t. II, p. 239).

En el poblado de San Cristobal Ecatepec, el 22 de diciembre de 1815, Morelos fue pasado por las armas, sus últimas palabras fueron: “SEÑOR, SI HE OBRADO BIEN, TU LO SABES, Y SI MAL, YO ME ACOJO A TU INFINITA MISERICORDIA” (Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 421).

Juan Pablo Salazar Andreu

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (LITIGIO)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) crea, el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento.

El marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos comprende un importante conjunto de tratados interamericanos que complementan la protección brindada por la Convención. En este sentido, la CIDH, cumple un papel cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares donde se denuncia a un Estado parte. La CIDH —órgano integrado por siete

comisionados o comisionadas— recibe las peticiones, evalúa la admisibilidad, el fondo del asunto y/o envía el caso a la Corte o publica sus recomendaciones. A petición de parte o de oficio, la CIDH también puede intervenir otorgando medidas cautelares, en ciertas situaciones de gravedad, urgencia o posibilidades en que se produzca un daño irreparable.

El procedimiento ante la CIDH se inicia al momento en que una persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, presenta ante este órgano peticiones que contengan hechos de violaciones a los derechos humanos protegidos por el marco normativo interamericano. La Secretaría Ejecutiva —órgano permanente de la CIDH— realiza la revisión inicial de las peticiones y evalúa que las mismas contengan los requisitos establecidos en el reglamento de la CIDH a efecto de dar trámite y transmitir las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión.

Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto y dado que el sistema interamericano tiene un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, la CIDH verifica que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos de las personas y verifica que ésta sea presentada dentro del plazo y no exista otra denuncia ante otra instancia internacional. No obstante lo anterior, existen algunas circunstancias de excepción en las que se exime al peticionario de agotar los recursos internos.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH mediante informes públicos se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Si la petición es admitida se registra como caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo —el cual tiene el objetivo de establecer las violaciones sustantivas a los derechos humanos— en dicha etapa los peticionarios y el Estado tendrán la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la *litis*. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la CIDH consultará a las partes si tienen interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa.

La CIDH deliberará sobre el fondo del caso y elaborará un informe que determina si existen violaciones. En caso positivo, la CIDH preparará un informe preliminar con las recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión fijando un plazo en el que el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. Asimismo, notificará al peticionario la adopción del informe, sus recomendaciones y su transmisión al Estado.

En caso que los Estados hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se le dará al peticionario la oportunidad de presentar su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. A fin de determinar si somete el caso ante este órgano, la CIDH tendrá en cuenta la posición del peticionario, si el Estado ha cumplido las recomendaciones del informe de fondo, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema y el impacto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, entre otros.

Si el caso es sometido ante dicha instancia se inicia el procedimiento establecido en su reglamento. En caso de no ser enviado a la Corte IDH el informe se publica conforme lo establece el artículo 51 de la Convención.

La función contenciosa de la Corte comienza a partir de que la CIDH presenta el “escrito de sometimiento del caso” en el que adjunta el informe de fondo de conformidad con el artículo 50 de la Convención. La Secretaría de la Corte realiza un examen preliminar del sometimiento del caso, revisa la documentación para posteriormente notificar a los jueces, al Estado demandado, a la CIDH y a los representantes de las víctimas su decisión de iniciar o no el procedimiento.

En caso positivo, una vez recibida la notificación, la representación de la(s) víctima(s) cuenta con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que deberá contener la descripción de los hechos, las pruebas ofrecidas, la individualización de declarantes, el objeto de su declaración y las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas. A partir de este momento las presuntas víctimas formalizan su capacidad procesal para ejercer sus derechos (*locus standi in iudicio*).

Por otro lado, el Estado también cuenta con un plazo de dos meses, a partir de la recepción de la notificación para dar respuesta a la demanda y exponer su posición sobre el caso, indicando si acepta los hechos y las pretensiones, ofreciendo pruebas y realizando observaciones a las pretensiones de reparación. El Estado demandado, también, puede interponer argumentos que contradigan la competencia de la Corte y el objeto de la demanda —excepciones preliminares—. La respuesta estatal será comunicada a la CIDH, las presuntas víctimas o sus representantes quienes tienen un plazo de 30 días para presentar sus observaciones.

A fin de dar inicio al procedimiento oral, la Corte IDH solicitará a las partes en el proceso su lista definitiva de declarantes, presuntas víctimas, testigos y peritos. Posteriormente, la Corte IDH convocará a una audiencia pública, en la cual se escuchará a los testigos y peritos ofrecidos por las partes. Después de la audiencia pública las partes tienen la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Corte IDH. En cualquier momento de la causa, la Corte IDH está facultada para solicitar diligencias probatorias de oficio.

En el supuesto que la parte demandante no se desista del caso y exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado, logrando una solución amistosa, ésta será homologada por la Corte IDH, que resolverá sobre su procedencia y efectos jurídicos. En caso contrario, la Corte IDH deliberará para emitir una sentencia en la que establezca las violaciones y se pronuncie sobre las reparaciones y costas.

El fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable. No obstante, a fin de contribuir a la transparencia del proceso y esclarecer el contenido y alcance de sus sentencias, las partes pueden solicitar a la Corte IDH su interpretación con relación a las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas. Esta solicitud no suspende la ejecución de la sentencia.

Por último, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias, la Corte IDH requiere informes de los Estados respecto de su cumplimiento, mismos que serán comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte IDH puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes

sobre el asunto y en caso de que lo estime conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Juan Carlos Gutiérrez Contreras

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema regional el cual se encuentra establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sus instituciones principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

I. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Los orígenes de la CIDH, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., se remontan a abril de 1948, cuando la OEA aprobó en Bogotá, Colombia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). Igualmente, en esa conferencia se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos que previó en su artículo 106 que existiría “...una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. En dicho artículo también se previó que existiría “una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos [que] determinar[ía] la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. Aun cuando no se habían siquiera organizado los trabajos para la elaboración de la Convención de la que hablaba la Carta de la OEA, la CIDH fue creada en 1959 y celebró su primer periodo de sesiones en 1960.

Después de veinte años de haberse propuesto su creación en la Carta de la OEA, en 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. La Convención Americana es el instrumento internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano de derechos humanos ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar, crea a la Corte IDH y asimismo define las funciones y los procedimientos de la Comisión y de la Corte.

En la actualidad, la CIDH está integrada por siete miembros que actúan independientemente, sin representar a ningún país en particular. Sus miembros son electos por la Asamblea General de la OEA para un periodo de cuatro años y pueden ser reelectos solo una vez. La CIDH se reúne en periodos ordinarios y extraordinarios de sesiones, varias veces por año. La Secretaría Ejecutiva cumple las tareas que le delega la CIDH y le brinda a ésta respaldo jurídico y administrativo en el desempeño de sus funciones.

La CIDH, como órgano de protección y promoción de los derechos humanos en todo el continente, lleva a cabo una gran diversidad de acciones que van desde el conocimiento de casos concretos de probables violaciones a los

derechos humanos (funciones cuasi-jurisdiccionales), hasta labores de carácter político.

Dentro de las *funciones de carácter cuasi-jurisdiccional* la CIDH conoce de peticiones en donde se reclaman violaciones a derechos humanos en todo el continente, así como de solicitudes de medidas cautelares. La CIDH posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación de derechos humanos en el continente americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la OEA, incluso si la representación de su gobierno ha sido suspendido de dicha organización. Así, la CIDH puede conocer casos de los países que han ratificado a la fecha la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

La CIDH ha definido con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto que, además de considerar denuncias de violaciones de la Convención Americana cometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH es competente para examinar presuntas violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana. Esto significa que la CIDH puede conocer de casos de países que no han ratificado la Convención Americana pero que sí son miembros de la OEA.

En adición a las funciones de carácter cuasi jurisdiccional de la CIDH, se encuentran las *funciones de carácter político*. Dichas funciones se derivan de lo estipulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 41. En la práctica, estas actividades se reflejan en la celebración de audiencias temáticas sobre temas de interés en materia de derechos humanos en el continente, la emisión de comunicados de prensa sobre situaciones que puedan llegar a “preocupar” a la CIDH, la elaboración de informes sobre la situación de países, o informes sobre grupos de personas o temáticas de interés, la realización de visitas *in loco*, la realización de consultas sobre temáticas de derechos humanos, la organización de seminarios y cursos sobre el sistema interamericano, reuniones privadas y públicas con autoridades estatales y con miembros de la sociedad civil, entre otras.

II. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte IDH es el organismo jurisdiccional dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Fue establecida el 18 de julio de 1978, al entrar en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte dispone que es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica, y cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

La Corte IDH está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Los jueces son elegidos a título personal “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos” (artículo 52 de la Convención). El mandato de los jueces es de seis años y solo pueden ser reelectos una vez. Los jueces que terminan su mandato siguen conociendo de los casos a que ya se hubieren abocado y que se encuentren en estado de

sentencia (artículo 54.3 de la Convención). Aunque no existe el requisito de residencia para los jueces en la sede de la Corte, el presidente presta permanentemente sus servicios (artículo 16 del Estatuto). El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces por un periodo que dura dos años y pueden ser reelegidos (artículo 12 del Estatuto). Finalmente, hay que señalar que la Corte IDH, al igual que la Comisión, cuenta con una Secretaría Ejecutiva cuyos funcionarios tienen como función auxiliar asistir a los jueces del tribunal en sus funciones.

La Corte IDH solo posee competencia para conocer asuntos de países del continente que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que expresamente han aceptado su competencia contenciosa. Sobre los demás países del continente la Corte IDH no tiene competencia alguna para conocer de casos contenciosos ni medidas provisionales.

Las funciones principales de la Corte IDH se relacionan con su actividad jurisdiccional ya sea cuando se encuentra en conocimiento de un *caso contencioso*, cuando examina un asunto relacionado con la solicitud de *medidas provisionales* o cuando ejerce su facultad para emitir *opiniones consultivas*. La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, carece de competencia para abordar asuntos de carácter político.

Una de las funciones de mayor relevancia de la Corte IDH es la de conocer *casos contenciosos* de violaciones concretas a derechos humanos; por esta vía, la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, por haber incumplido con sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos. De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. Así, el acceso a la Corte IDH no es inmediato, sino que para llegar a esa instancia primero se deben agotar los recursos internos nacionales —si los hubiese—, y posteriormente se debe acudir a la CIDH hasta concluir su procedimiento; si no existe oposición de la CIDH, el caso puede ser eventualmente sometido a la Corte IDH.

En términos del artículo 63.1 de la Convención: “Cuando [el Tribunal] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. De esta forma, los fallos son “definitivo[s] e inapelable[s]”. En “caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha fijado estándares a nivel internacional en materia de desapariciones forzadas, amnistías, masacres, tortura, ejecuciones extrajudiciales, inamovilidad de los jueces, libertad de expresión, derechos de los niños, combate a la violencia en contra de la mujer, entre muchos otros temas. La Corte IDH, a pesar de haber conocido relativamente pocos

casos ha abordado en su jurisdicción varias de las más graves violaciones a los derechos humanos que no son exclusivas del Continente, de ahí que la Corte IDH sea un referente internacional en la materia.

Todo lo anterior se ha traducido igualmente en que la Corte haya desarrollado su propia doctrina en materia de reparaciones, en donde se incluye no solo medidas indemnizatorias de carácter pecuniario (daño material e inmaterial), sino que se prevé medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las cuales pueden consistir, por poner un par de ejemplos, en localizar, identificar, exhumar los restos mortales de las víctimas y entregarlos a sus familiares en casos de desaparición forzada o educar a los funcionarios públicos en materia de derechos humanos.

Para la propia Corte IDH, sus decisiones tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte IDH al derecho interno. Para la Corte IDH, el sistema supone que una interpretación coherente de la Convención Americana para todos los países de la región es una condición indispensable para la efectiva vigencia de los derechos humanos en todo el hemisferio americano. En este sentido, la Corte IDH desde 2006 ha ido progresivamente desarrollando el concepto de “control de la convencionalidad” que implicaría una forma de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos.

Igualmente, la Corte IDH puede adoptar *medidas provisionales* a favor de una persona o un grupo de personas, a solicitud de la CIDH, en asuntos que no hayan sometida a ella; o a solicitud de los representantes de la víctima o de la CIDH en casos que se encuentren bajo su conocimiento. La Corte IDH dicta estas medidas en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas en los términos del artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por último, la Corte IDH ejerce una *función de carácter consultivo*. En el sistema interamericano de derechos humanos en los términos del artículo 64 de la Convención, el derecho de solicitar una *opinión consultiva* no se limita a los Estados parte de la misma, sino que todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si bien, solo los Estados miembros de la OEA y algunas instituciones tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva, el procedimiento es abierto, siendo la función consultiva de la Corte IDH más extensa —y se podría decir que más incluyente— que cualquier otra jurisdicción consultiva de cualquier otro tribunal internacional.

Carlos María Pelayo Moller

SISTEMA JUDICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El sistema judicial de la Unión Europea se presenta como un *unicum* en el panorama jurídico internacional, debido al hecho que, por un lado, el derecho de la Unión presenta dos características fundamentales: el efecto directo

en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*), y la primacía sobre la normativa interna (*Costa contra Enel*), y, por otro lado, la función jurisdiccional es ejercida en el seno de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que actúa de manera colaborativa con los órganos judiciales de los veintiocho Estados miembros de la Unión. El TJUE tiene como finalidad garantizar el respeto del derecho de la Unión «en la interpretación y en la aplicación» de los Tratados y reúne bajo esta denominación un conjunto de tres instancias jurisdiccionales: I. el Tribunal de Justicia, II. el Tribunal General y III. el Tribunal de la Función Pública.

I. El Tribunal de Justicia, creado en 1952, está compuesto por veintiocho jueces y ocho abogados generales, designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. El papel desempeñado por los abogados generales no es el de una parte del procedimiento, sino el de un *amicus curiae*, encargado de asesorar jurídicamente al Tribunal, en toda imparcialidad e independencia (art. 252, TFUE). Sus avisos, las llamadas «conclusiones», no tienen por consecuencia el efecto de vincular al Tribunal en la decisión del asunto. Las formaciones en las que se reúne al Tribunal son: el Pleno, en los casos de relevancia excepcional y en los casos previstos por su Estatuto; la Gran Sala (quince jueces) y las salas (tres o cinco jueces). El Tribunal de Justicia tiene competencia para conocer de varios tipos de recursos, que vamos a examinar a continuación: a) la cuestión prejudicial; b) el recurso por incumplimiento; c) el recurso de anulación; d) el recurso por omisión; e) el recurso de casación; f) el reexamen; el recurso de indemnización por daños. Además, el Tribunal tiene competencia para juzgar de los recursos introducidos contra la Unión por sus funcionarios o agentes (art. 270, TFUE) y cuando su papel de juez dependa de «una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta» (art. 272, TFUE).

a) La cuestión prejudicial es el ejemplo más importante del funcionamiento “integrado” del sistema judicial de la Unión y de las instancias jurisdiccionales estatales, encargadas de aplicar el derecho común. Las relaciones entre la Unión y los jueces nacionales se inspiran al respecto del principio de “cooperación leal” (*Unión de Pequeños agricultores contra Consejo de la Unión Europea*). En el caso de incertidumbre sobre la interpretación de una norma de derecho de la Unión, que se haya planteado dentro de un proceso en el ámbito estatal, las jurisdicciones nacionales tienen la *opción* o —en el caso en que sean jurisdicciones de última instancia— la *obligación* de suspender el procedimiento interno y de dirigirse al Tribunal de Justicia para pedirle que precise la cuestión (art. 267, TFUE). El recurso puede tener como objeto tanto la interpretación de una norma de los Tratados o de los actos cumplidos por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como la validez de

los actos apenas mencionados. El Tribunal responde a través de una sentencia o de un auto motivado, con los cuales da su interpretación, que es vinculante para el órgano jurisdiccional nacional y para los otros jueces llamados a juzgar una idéntica cuestión.

b) El recurso por incumplimiento de los Estados miembros está finalizado a controlar el respeto por los Estados de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Este control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea (art. 258, TFUE), lo que normalmente ocurre, como por otro Estado miembro (art. 259, TFUE). El procedimiento por este tipo de recurso prevé una fase precontenciosa y, en el caso en que la infracción persista, una fase contenciosa, ante al Tribunal.

c) El recurso de anulación permite al demandante controlar la legalidad de un acto obligatorio de una Institución de la Unión, a saber de un acto legislativo, de un acto del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, de un acto del Parlamento Europeo o del Consejo Europeo destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 263, TFUE), así como de los acuerdos del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones (art. 271, letras *b* y *c*, TFUE).

d) El recurso por omisión censura la falta de acción de una institución, órgano u organismo de la Unión (art. 265, TFUE). El acto cuya omisión constituye una violación es un acto jurídico que debe ser obligatoriamente emitido según los Tratados, lo que hace que se pueda tratar también de un acto no vinculante para sus destinatarios. La legitimación activa corresponde a las tres categorías de sujetos que pueden pedir la anulación de un acto obligatorio. La acción debe ir precedida de un acto de requerimiento dirigido a la institución para que actúe y se puede interponer en el plazo de dos meses después de la solicitud. Si el juez de la Unión declara la omisión, condena al legitimado pasivo a adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la violación (art. 266, TFUE).

e) El recurso de casación puede interponerse ante el Tribunal de Justicia como apelación por razones de derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General (art. 256, TFUE). En el caso en que el estado del asunto lo permita, el Tribunal de Justicia decidirá el procedimiento, salvo, en el caso contrario, devolver el litigio al Tribunal General.

f) El reexamen permite al Tribunal de Justicia de controlar en algunos casos excepcionales las decisiones adoptadas por el Tribunal General y por el Tribunal de la Función Pública.

g) El recurso de indemnización por daños (art. 268, TFUE) afirma el principio de la responsabilidad del Estado miembro en la aplicación del derecho de la Unión, permitiendo a los particulares de un Estado que hayan sufrido un daño por causa de su incumplimiento, de pedir una indemnización a este mismo.

El procedimiento ante al Tribunal de Justicia consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral, y sigue un desarrollo diferente según se trate de la cuestión prejudicial, que es una forma de recurso indirecto, o de uno de los

demás tipos de recursos, que son directos. La decisión se adopta por mayoría y no son posibles los votos particulares. El idioma de procedimiento puede ser una de las veinticuatro lenguas oficiales de la UE y depende de la lengua utilizada en la remisión prejudicial o en el recurso directo.

II. El Tribunal General, creado en 1988, está compuesto de al menos un juez por cada Estado miembro. Así como el Tribunal de Justicia, los jueces son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros y previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. A diferencia del Tribunal de Justicia, no están previstos abogados generales. El Tribunal puede reunirse en Pleno o en Gran Sala (trece jueces), en el caso de asuntos complejos o importantes o, lo que normalmente ocurre, en salas (cinco o tres jueces). El Tribunal General tiene una competencia general y una competencia exclusiva. Desde el primer punto de vista, el Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los mismos tipos de recursos que se pueden introducir, en segunda instancia, ante el Tribunal de Justicia (art. 256, TFUE), a decir: el recurso de anulación; el recurso por omisión; recurso de indemnización por daños; el recurso de anulación; los recursos introducidos contra la Unión por parte de sus funcionarios o agentes; los recursos introducidos en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta. La competencia general del Tribunal, por un lado, es residual, no pudiendo este conocer de los recursos atribuidos a un tribunal especializado y de los que son competencia del Tribunal de Justicia; por otro lado, es “abierta”, pudiendo su Estatuto establecer que a la instancia se sometan otras categorías de recursos. El Tribunal General tiene competencia exclusiva en los siguientes casos: recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; recursos estatales en materia de ayudas de Estado y de medida de defensa comercial; recursos en materia de marca comunitaria; recursos presentados contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. El procedimiento ante el Tribunal General consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral.

III. El Tribunal de la Función Pública, creado en 2004, reúne siete jueces nombrados por el Consejo por un mandato de seis años renovables, previo aviso de un comité, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos representados. El Tribunal puede reunirse en Pleno, en salas (cinco o tres jueces) como juez único. Su papel es el de juez especializado en el contencioso de la función pública, que desempeña en primera instancia en los litigios entre la Unión y sus agentes. El procedimiento comprende una fase escrita y, en el caso, una fase oral. Sus decisiones pueden ser apeladas, en el plazo de dos meses, ante el Tribunal General, limitadamente a las cuestiones de derecho.

Eloisa Denia Cosimo

SISTEMA NO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El primer paso en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos en nuestro país, se dio con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), por decreto presidencial del 5 de junio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990. La CNDH fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, contaba con un titular que era nombrado libremente por el presidente de la República, un secretario ejecutivo, un Consejo Honorario invitado por el Ejecutivo Federal, un secretario técnico también designado por el titular del Ejecutivo Federal y un visitador que dependía del presidente de la Comisión.

La segunda etapa de la figura del *Ombudsman* en México, surgió con la reforma constitucional del 28 de enero de 1992 en donde se elevó a rango constitucional la CNDH y se dispuso que las entidades federativas tuviesen su correspondiente organismo protector y defensor de los derechos humanos, con la creación, en el artículo 102 de la Constitución, del apartado B, que a la letra decía:

“B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados”.

Con esto se buscaba, en primer lugar, instituir en la norma fundamental, la existencia y funcionamiento de la CNDH, así como sus homólogos locales, vinculándolos éstos con aquélla, para integrar lo que se conoce como sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos. El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

La CNDH se integraba por un presidente que duraba cuatro años, con una posible reelección. Era designado por el titular del Ejecutivo Federal con aprobación del Senado de la República o, en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. También se estableció que formaban parte de la Comisión hasta cinco visitadores generales quienes realizarían, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo que fuera necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además,

como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación, se nombraba el Consejo Asesor, integrado, con carácter honorífico, por diez personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos.

Evidentemente formulaba recomendaciones, denuncias y quejas en los casos necesario. Además, decidía en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas..

Se consideró que este organismo no surgió con la fuerza e independencia necesaria para llevar a cabo adecuadamente sus labores, ya que se criticaron los mecanismos para el nombramiento del titular de la CNDH. También se criticó que los recursos materiales y financieros fueran proporcionados por el Ejecutivo Federal, lo que afectaba gravemente la autonomía de la institución. Es por estas críticas que se determinó realizar algunas reformas constitucionales en los órganos de defensa no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en México; así fue como el 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una sustancial reforma al artículo 102, Apartado B, de la Constitución federal, que modificó en particular ciertos aspectos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Puede señalarse que la autonomía del *Ombudsman* se convirtió en uno de los puntos trascendentes en la reforma.

Se determinó dejar en manos del Congreso de la Unión la facultad de designar y ratificar al presidente de la CNDH, así como a los consejeros de la misma. En efecto, de acuerdo con la reforma constitucional y con la Ley de la CNDH reformada por decreto publicado el 26 de noviembre de 2001, el presidente de la CNDH, deberá ser elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.

Se reiteró en el nuevo texto fundamental que los organismos no jurisdiccionales no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. También se conservaron en la mencionada reforma las disposiciones relativas a que la CNDH no podrá conocer de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación, pero sí deberá resolver sobre las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Por último, debemos mencionar la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, muy importante en materia de derechos humanos, que también trajo consigo adiciones importantes al sistema no jurisdiccional de protección y promoción de derechos humanos. Ahora los organismos locales también deben tener autonomía respecto a los tres poderes; se establece un sistemas más efectivo para el cumplimiento de recomendaciones; se permite que conozcan de la materia laboral, y, supuestamente, la CNDH absorbió la anterior facultad investigadora que el artículo 97 constitucional daba a la Suprema Corte, aunque al no ponerse de acuerdo las cámaras del Congreso de la Unión, en un texto coherente, el último párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional quedó con una redacción que parece no tener sentido.

José Luis Soberanes Fernández

SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La expresión “Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos” hace referencia al fenómeno global que, en los últimos años, ha comenzado a generar el enorme aumento de tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo, y a la consecuente interacción entre ellos.

La expansión de la justicia internacional es el desarrollo jurídico más importante después de la Segunda Guerra Mundial (Romano, Cesare, NYU, 1999); el número de cortes y tribunales internacionales creados a partir de 1945, es verdaderamente colosal [el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945); el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal de Tokio (1945); la Corte Internacional de Justicia (1946); el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993); el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994); la Corte Penal Internacional (2002); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979); la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (2006); el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), etcétera]. De igual manera, en el ámbito nacional el aumento de la población, junto con la existencia de nuevas especialidades jurídicas (derecho electoral, competencia económica, derecho de las telecomunicaciones, etcétera), ha dado lugar a la creación e instalación de muchos nuevos tribunales. Y lo cierto es que no solo ha aumentado el número de tribunales nacionales e internacionales en el mundo, sino que su alcance e influencia ahora son mucho mayores (Charney, Jonathan I., NYU, 1999).

Este aumento en el número e importancia de los tribunales ha tenido efectos muy interesantes en cuanto a su forma de trabajo, pero sobre todo, en cuanto a los vínculos, nexos y contactos que ahora se dan entre ellos.

Pese a no ser plenamente conscientes de la existencia del sistema ni de su pertenencia al mismo, en el ejercicio cotidiano de sus funciones los tribunales nacionales e internacionales reciben expedientes, envían documentos, piden datos, solicitan la cooperación de tribunales extranjeros o internacionales, se comunican, aplican criterios de otras cortes del mundo, reciben solicitudes y, en general, *interactúan* de múltiples formas con otros tribunales nacionales o internacionales; es decir, de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, los tribunales “se colocan” en un sitio específico dentro de una estructura mayor, y desde ahí intercambian información y resuelven los asuntos para los cuales consideran tener competencia, lo que paso a paso, está dando lugar a un *todo complejo e interrelacionado*, de carácter *envolvente* y, hasta el momento, *autoorganizado*, de entidades que tienen esencialmente las mismas facultades, que constantemente intercambian información y que en ciertos temas, incluso aplican las mismas normas, y cuyas decisiones resultan cada vez más interdependientes entre sí. Es decir, está dando lugar a un sistema transnacional de tribunales.

En el tema de la protección a los derechos humanos los tribunales nacionales e internacionales de todo el mundo encuentran una razón más de convergencia: las normas jurídicas que tienen que aplicar son básicamente las

mismas o, por lo menos, se trata de normas que guardan enormes similitudes entre sí. Esto se debe a dos factores muy claros: al hecho de que los progresos nacionales en relación con estos derechos provienen, en mayor o menor medida, de los mismos documentos históricos (la *Magna Charta* de 1215, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1796), y a que a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las naciones del mundo se han ido sometiendo, progresiva y paulatinamente, a los tratados internacionales en esta materia y a los diversos mecanismos de protección —regional y universal— de los derechos humanos y, con ello, incorporando a su derecho las normas y los estándares internacionales. Esto ha dado lugar a que para resolver casos relacionados con derechos humanos, los tribunales del mundo apliquen normas sumamente similares, o incluso, apliquen exactamente las mismas normas, y es ello lo que provoca que en materia de derechos humanos, los vínculos existentes entre los tribunales del mundo, tanto nacionales como internacionales, tiendan a ser todavía más intensos y manifiestos (Shany, Yuval, 2007; Volcansek, Mary y Stack, John F. Jr., 2005; Bustos, Rafael, 2008; y Martínez, Jenny, 2003).

La idea de formar parte de un sistema global puede parecer poco seductora para muchos juzgadores; no obstante, la pertenencia al sistema es, en cierta forma, inevitable. Una Corte nacional puede ignorar voluntariamente la existencia de un tribunal internacional, pero eso, en sí mismo, es una elección y una que le da forma al sistema transnacional de tribunales, pues en realidad, las Cortes del mundo nacionales o internacionales, no pueden evitar estas interacciones (Martínez, Jenny, 2003). Sería difícil pensar que un tribunal nacional pudiera dejar de reconocer por completo los efectos de una sentencia dictada por un tribunal internacional, o hacer total caso omiso a la petición de auxilio procesal proveniente de un tribunal perteneciente a otra soberanía, o de plano desconocer que existen otros tribunales en el mundo. Por el contrario, la evidencia disponible sugiere que la relación entre tribunales nacionales y derecho internacional es cada vez mayor, y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos han tenido una influencia enorme en el derecho interno en casi todos los países del mundo (Heyns, Christof y Viljoen, Franz, 2002).

Existe en realidad un conjunto de fenómenos, no solo jurídicos, sino de carácter económico, político, social y cultural, que desde hace algunas décadas están transformando el mundo a través de la generación de flujos y la creación de redes de actividad e interacción entre seres humanos, organizaciones, naciones, regiones y continentes; hoy día, una línea continua conecta lo local con lo global, pasando por lo nacional y lo regional, y sin duda alguna, los tribunales también son parte de esa nueva forma de interacción universal (López Ayllón, Sergio, 2004).

La visión de una comunidad global de jueces y la noción de un sistema de tribunales, son ideas que todavía pueden generar reticencias y parecer idealistas, pero el fenómeno está ahí (Slaughter, Anne Marie, 2010). Hoy día, los jueces y tribunales del mundo conversan, se reúnen, se leen, se citan entre sí,

y gracias a ello, se van convirtiendo paulatinamente en piezas de un mismo sistema, en elementos del “sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos”.

Mara Gómez

SUPRACONSTITUCIONALIDAD E HIPERCONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el prefijo *supra* significa “arriba” o “encima de”, por lo que *supraconstitucionalidad* debe entenderse como aquellos ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, ya que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución.

Por su parte, el prefijo *hiper* significa “exceso”, por lo que debemos entender la *hiperconstitucionalidad* como la característica de aquellas normas constitucionales que son continente de una carga axiológica o ideológica muy importante y significativa.

Siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría a través de su obra *La Constitución como norma jurídica*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido que “... la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, ‘normas constitucionales inconstitucionales’... y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía... Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción...” (Acción de Interpretación Constitucional, Exp. núm. 00-2908, resuelto el 3 de septiembre de 2001).

En razón del problema antes descrito, es que autores como Néstor Pedro Sagüés señalen que una de la recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución, es la denominada “tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales”, según la cual, no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía (afirmación explícitamente reconocida por la Sala Constitucional venezolana), ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán prevalecer las primeras.

Dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen, tanto precedentes que la aplican, como textos que han reconocido explícitamente la superioridad

de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas supraconstitucionales*), o bien, aquellas que sin contar con tal reconocimiento explícito, implícitamente poseen —como dijera Sánchez Agesta— una superfundamentalidad, es decir, una especial constitucionalidad (*normas hiperconstitucionales*).

En esta lógica, la diferencia conceptual existente entre la *hiperconstitucionalidad* y la *supraconstitucionalidad*, consiste en que la primera es la característica implícita que poseen aquellas normas constitucionales que son continente de una carga ideológica o axiológica fundamental, y la segunda es la característica que poseen algunos preceptos constitucionales a los que el propio Poder Constituyente (originario o constituido), en lo concreto o en lo abstracto, les ha otorgado explícitamente una jerarquía superior en relación con las demás cláusulas constitucionales. Así, también debemos afirmar que la relación ideal que deben guardar tales conceptos consiste en que no deben existir normas *hiperconstitucionales* a las que no se les reconozca una *supraconstitucionalidad*, como tampoco sería conveniente que existieran normas *supraconstitucionales* sin que sean *hiperconstitucionales*.

De esta forma, consideramos que dentro de ese nivel jerárquico superior de normas constitucionales puede hacerse la siguiente dicotomía: *i*) aquellas normas que son *supraconstitucionales* debido a que explícitamente —en lo concreto o en lo abstracto— se les ha dotado de una especial jerarquía, y *ii*) aquellas normas que son *hiperconstitucionales* debido a que implícitamente se les ha reconocido su especial carga axiológica o ideológica.

Como ejemplos de normas de las nomenclaturas antes referidas podemos citar los siguientes: *i*) *supraconstitucionalidad concreta*: artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquél país adoptó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse ésta, debido a que le fue reconocida explícitamente una prevalencia o jerarquía superior respecto de cualquier otra, aun cuando el choque normativo o antinomia se actualice a nivel constitucional; *ii*) *supraconstitucionalidad abstracta*: son las denominadas “cláusulas de intangibilidad” que se configuran en una supraconstitucionalidad abstracta, debido a que el Poder constituyente originario determinó que sus contenidos deberían permanecer como límites materiales inalterables al Poder revisor de la Constitución (*v. gr.* art. 139 de la Constitución italiana de 1947 al señalar: “No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”); *iii*) *hiperconstitucionalidad*: cláusulas constitucionales que establecen diferentes procedimientos de reforma, unos más agradados que otros, atendiendo precisamente a los contenidos que pretenden ser alterados. A la luz de la teoría constitucional podemos decir que este tipo de cláusulas establecen límites relativos que se imponen al Poder revisor, “...porque una vez que se ha cumplido con el procedimiento exigido —afirma Mijangos Borja— la reforma llega a ser válidamente parte de la Constitución, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad que establecen límites absolutos al poder revisor, respecto de ciertos principios constitucionales”.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO)

Es el máximo tribunal del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Está integrada por once ministros y funciona en Pleno o en salas. Sus sesiones son públicas, y por excepción secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público. El ministro presidente, que también lo es del Consejo de la Judicatura Federal, no integra ninguna de las salas, es elegido por votación de los once ministros y dura en el cargo cuatro años sin posibilidad de reelección para un periodo inmediato posterior.

El Pleno funciona con un quórum de siete ministros, salvo en los casos que requieren votación de calificada de ocho votos, a saber: *a)* las controversias constitucionales que versen sobre disposiciones generales, respecto de las cuales sea posible declarar la invalidez con efectos generales en términos del artículo 105, fracción I, último párrafo constitucional; *b)* las acciones de inconstitucionalidad; *c)* las declaratorias generales de inconstitucionalidad; *d)* la revocación de los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal. Salvo en los casos mencionados, sus resoluciones se toman por unanimidad o por mayoría de votos. Las salas requieren la presencia de cuatro ministros para funcionar y sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos de los ministros presentes.

Para el nombramiento de los ministros, el presidente de la República somete al Senado una terna de candidatos a fin de que dicho órgano en el plazo de 30 días, previa comparecencia de las personas propuestas, haga la designación mediante el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes. En caso de no hacerse la designación en ese plazo, el presidente de la República elegirá al ministro dentro de esa terna. Si el Senado rechaza la terna propuesta, el presidente de la República puede enviar una segunda terna y, en caso de que el Senado la rechace, el presidente elegirá al ministro que deba cubrir la vacante. Los ministros duran en su cargo 15 años y no pueden ser reelectos, salvo que hayan ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y ejerce, entre otras, la siguientes atribuciones: conoce en exclusiva de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad; es la instancia definitiva en materia de control de la constitucionalidad de normas generales a través del juicio de amparo, competente para emitir en ese ámbito declaratorias generales de inconstitucionalidad; como máximo intérprete de la Constitución ejerce una función unificadora al resolver sobre las contradicciones de tesis suscitadas tanto en el ámbito del juicio de amparo como en materia electoral, y como garante del federalismo, resuelve las controversias sobre límites territoriales que se susciten entre las entidades federativas y conoce de los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de coordinación fiscal.

En su carácter de cabeza del Poder Judicial federal, puede expedir acuerdos generales para la distribución de los asuntos entre las salas y su remisión a los tribunales colegiados de circuito, revisar las resoluciones del Consejo de

la Judicatura Federal que versen sobre designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, solicitar al Consejo que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal, así como revisar y, en su caso, revocar los acuerdos generales que el Consejo apruebe.

A partir de 2011, se han ido incorporando a la Constitución atribuciones novedosas, tales como conocer del recurso de revisión interpuesto por el Consejo Jurídico del Gobierno contra las resoluciones del organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, en los casos en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional; revisar de oficio e inmediatamente los Decretos expedidos por el Ejecutivo Federal en caso de la suspensión o restricción de garantías a que se refiere el artículo 29 constitucional, y resolver sobre la constitucionalidad de la materia de las consultas populares que sean convocadas por el Congreso de la Unión, previo a la emisión de la convocatoria respectiva.

A lo largo de su historia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como un tribunal constitucional; ello principalmente a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 2011, las cuales la han configurado como órgano encargado de la defensa del orden constitucional, tanto en el plano de los conflictos entre poderes como en el de la protección a los derechos fundamentales.

Hasta antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte no ejercía funciones de control constitucional relevantes. El régimen autoritario que marcó la mayor parte del siglo XX y que permeó a todas las esferas de la vida pública, se tradujo en la prevalencia de un constitucionalismo nominal, en el que la Constitución no era concebida como auténtica norma jurídica vinculante, sino como instrumento legitimador del poder. En ese contexto la función de la Corte se limitaba a la de órgano revisor de la legalidad y protector limitado de los derechos fundamentales clásicos, a través del juicio de amparo. Ante ese escenario, la reforma de 1994 reestructuró a la Corte y la dotó de mejores instrumentos de control de constitucionalidad mediante el fortalecimiento de las controversias constitucionales y el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad, al tiempo que creó al Consejo de la Judicatura Federal con el fin de reducir la carga derivada de las funciones de administración y vigilancia del Poder Judicial de la Federación que la Corte ejercía. A raíz de dicha reforma, acompañada del proceso de democratización del sistema político, la Corte consolidó su autonomía e independencia y transitó a una concepción de la Constitución en sentido normativo; sin embargo, en ausencia de una reforma en materia de amparo, su función se centró en resolver conflictos entre órganos de poder a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sin que existiera un avance en la protección y desarrollo de los derechos fundamentales.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos fundamentales vinieron a rectificar la situación. El reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales como parámetro de validez de la totalidad del orden normativo y las herramientas interpretativas contenidas en el artículo 1o. son el eje de un nuevo paradigma constitucional, en el que los mecanismos de control constitucional se enfocan

a la eficaz protección de los derechos fundamentales, lo que ha empezado a traducirse en el fortalecimiento de la Corte como tribunal constitucional en la vertiente de encargado del desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA)

I. Una transición democrática implica un proceso de disolución de un régimen autoritario, y el establecimiento de alguna alternativa participativa al mismo; es decir que da lugar a la creación de un nuevo sistema político.

II. Si bien la Constitución de 1917 tuvo en su origen y teleología un sentido democrático, en tanto que consagró la división de poderes e intentó establecer un juego de pesos y contrapesos, así como un sistema federal, lo anterior no dejó de ser una mera formalidad, ya que en los hechos se estableció un sistema vertical centralizado en el predominio del presidente, quien contaba con amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, convirtiéndose en la clave de todo el sistema político.

En este contexto, la Suprema Corte se desempeñaba con autonomía aunque atendiendo a consideraciones de carácter político, en asuntos de tal índole, independientemente de que éstos la mayoría de las veces no pasaban por los circuitos judiciales, ya que el árbitro que tenía la última palabra, era el titular del Ejecutivo, y las pocas cuestiones que pudieran resultar sensibles para el sistema, se resolvían atendiendo a las características de institucionalidad que caracterizaban a todos los actores del mismo, lo que se tradujo en una escasa relevancia política de la Corte, que se circunscribió a realizar una limitada protección de las garantías individuales.

El sistema gozó de un largo periodo de estabilidad hasta 1968, cuando por primera vez se cuestionó su legitimidad desde la clase media ilustrada representada por los estudiantes universitarios, quienes eran uno de los sectores destinados a formar parte de los beneficiarios del mismo.

Al movimiento estudiantil le siguió un fenómeno de guerrilla rural y urbana que, al margen de la ofensiva que se desató en su contra, generó una reacción del régimen que produjo la reforma política de 1977, que inició un proceso de liberalización que permitió abrir cauces institucionales de participación política a fuerzas antes excluidas.

En 1988 surgió la denominada *corriente democrática* dentro del partido oficial, que se tradujo en una crisis de legitimidad sistémica de tal magnitud, que obligó operar una serie de reformas legales que serían irreversibles para lograr el tránsito democrático.

Todo lo anterior fue gestando una cultura política democrática, surgiendo la participación ciudadana dirigida a promover y crear mecanismos que permitieran la vigilancia y colaboración de los individuos en las tareas del Estado, lo que originó que los márgenes de maniobra orgánicos se fueron estrechando paulatinamente hasta que la transición fue inevitable en 2000.

III. La transición mexicana, no solo no cuestionó la Constitución vigente, sino que la utilizó como uno de sus ejes, adecuándola a la realidad a través de una serie de reformas. Así, en 1987, ante el hecho de que la Corte se había convertido prácticamente en un tribunal de casación, en detrimento de su atribución esencial de máximo intérprete de la Constitución, se buscó dotarla de las herramientas necesarias para que se ocupara de los problemas estrictamente constitucionales, encomendando la problemática de legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito.

En 1994 se modificó la composición orgánica de la Corte, volviendo a la integración de once ministros prevista en el texto constitucional original; se estableció un sistema de control constitucional, integrado en lo fundamental por el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y se creó al Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración y vigilancia del Poder Judicial, permitiéndole al máximo tribunal dedicarse a sus labores sustantivas.

En 1996 se convirtió a la acción de inconstitucionalidad en la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución, otorgando a los partidos políticos legitimación activa para interponerla.

En 1999 se amplió la facultad de la Corte para que a través de acuerdos generales, decida cuáles asuntos conocerá y cuáles serán remitidos a los Tribunales Colegiados, por haberse establecido jurisprudencia o porque los mismos no implicaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

En 2006 se otorgó a organismos protectores de derechos humanos, la posibilidad de interponer acción de inconstitucionalidad.

En 2011 se operaron dos reformas complementarias entre sí; la primera de ellas, modifica sustancialmente el juicio de amparo al ampliar su objeto de tutela integrando a su ámbito de protección los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano; introduce la figura del interés legítimo que permite que se constituya como quejoso quien resulte afectado por un acto no jurisdiccional que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o al que se le afecte una situación de derecho derivada del propio ordenamiento; altera el principio de relatividad de las sentencias introduciendo un sistema atenuado de efectos generales en el que al establecerse jurisprudencia por reiteración respecto de la inconstitucionalidad de una norma general, si la autoridad legislativa no lo subsana, la Corte puede hacer la declaratoria respectiva, salvo en materia tributaria. La segunda, establece un nuevo medio de control respecto de los decretos expedidos por el Ejecutivo, en caso de suspensión de derechos humanos y sus garantías, mismos que serán revisados de oficio por la Suprema Corte para pronunciarse respecto de su constitucionalidad.

En 2012 se modifica el esquema de la controversia constitucional, para que a través de ella se resuelvan conflictos de límites que surjan entre las entidades federativas.

Finalmente en 2013 se le otorga legitimación activa a los órganos constitucionales autónomos para que interpongan controversias constitucionales.

Las anteriores reformas han convertido a la Corte en un tribunal constitucional, generando un medio civilizado y racional para la solución de con-

flictos entre entes públicos, con lo que ha asumido el rol de órgano de control jurídico de los conflictos políticos que se presentan dentro de una constelación de poderes constitucionales y fácticos, siendo el garante de la observancia de la Constitución para evitar el ejercicio abusivo del poder; lo que fomenta y protege la calidad democrática del Estado, con lo cual es ya un actor pleno de la política nacional, desempeñando así uno de los papeles fundamentales de la transición democrática mexicana.

Roberto Ávila Ornelas

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La expresión “supremacía constitucional” hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política que pretenda regir el orden jurídico de un país: la superioridad de esta respecto a otras normas jurídicas. Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema, es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera.

Otra de las acepciones de la “supremacía constitucional”, es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado. Por ende, la supremacía constitucional es un principio condicionante para la existencia de cualquier sistema jurídico. El principio de supremacía surge a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora única, aunque desde la antigüedad se concebía la idea de un orden supremo, que regulaba la vida de la comunidad. La función primigenia que tuvieron las primeras Constituciones del Estado moderno, fue limitar el poder político ante cualquier exceso que pudiese suscitarse. Posteriormente, se fueron insertando de forma paulatina en los marcos constitucionales catálogos más amplios de derechos humanos, así como mecanismos para su adecuada tutela. Una vez que la Constitución se erigió como la única fuente de creación y validación del derecho, el principio de supremacía se convirtió en el factor determinante para garantizar la efectividad y permanencia de todo sistema jurídico.

Uno de los distintos significados del concepto supremacía constitucional concierne a su condición de ente creador del sistema jurídico, en otras palabras, la Constitución es la fuente de origen y vida de toda norma jurídica vigente en un Estado determinado. Es en el texto constitucional donde se encuentra el procedimiento que debe seguir la autoridad competente, para emitir una ley. Estas pautas deben cumplirse, pues de lo contrario la norma jurídica carecerá de validez, y por ende de exigibilidad. Esta dimensión de la supremacía constitucional es de índole formal, y demuestra que toda construcción legal debe ceñirse conforme a las disposiciones constitucionales.

Además de ser el soporte de la estructura jurídica, la Constitución evidencia su carácter de norma fundamental al establecer las pautas de validación para cualquier acto o norma emitida dentro del Estado. Esto significa que la expresión “supremacía constitucional” evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico. Las

actuaciones que no se adecuen, o bien, contraríen lo dispuesto por la norma constitucional, se entenderán como inválidas o nulas.

La rigidez constitucional es una característica que poseen la mayoría de las Constituciones. Dicha característica surge cuando el Poder Constituyente le confiere a la Constitución un valor formalmente superior al del resto de las normas existentes y vigentes dentro de un sistema jurídico. Esta superioridad explica el hecho por el cual, las constitucionales (escritas) poseen un procedimiento expreso para su reforma, distinto del previsto para crear o modificar las leyes ordinarias. En atención a la supremacía constitucional, dicho procedimiento no puede ser tratado por un poder público ordinario, sino por un órgano cuya única y principal función sea la de reformar o adicionar el texto constitucional. Este órgano recibe el nombre de poder revisor, poder modificador o Constituyente permanente, cuyos límites formales se circunscriben a la facultad de reformar el orden constitucional. Además de este límite natural, existen otros de índole material —explícitos o implícitos— en el texto constitucional, que no pueden ser trasgredidos por el poder revisor, ya que se erigen como aspectos sustanciales y prevalentes dentro del sistema jurídico.

Otra connotación de la locución “supremacía constitucional” es la que hace referencia a la Constitución como ley jerárquicamente suprema. Las normas jurídicas vigentes en un sistema jurídico se encuentran inmersas en una relación de jerarquía y prelación entre sí. La Constitución se erige como norma primigenia, puesto que posibilita la existencia del sistema jurídico, estableciendo las pautas para la vigencia y validez de cualquier norma, razón que la ubica en la cúspide de la estructura normativa.

Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores bajo dos perspectivas: lógica y axiológica. Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas.

Otra acepción trascendental del término “supremacía constitucional”, es la que hace referencia a su superioridad como norma, por reconocer, y en su caso maximizar los efectos de los principios fundamentales y los derechos humanos, esto implica advertir la idea de supremacía bajo una óptica material. Después de la Segunda Guerra Mundial se generó una conciencia colectiva internacional, en torno a la necesidad de que se sustrajera de los Estados la facultad discrecional de regular y proteger a los derechos humanos. Esto trajo como efecto, la supranacionalización de los derechos humanos, los cuales vinieron a dotar de fuerza legitimadora a los textos constitucionales, fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello no es posible concebir la existencia de un modelo constitucional, sin que se contenga una dimensión de índole sustancial o axiológica.

Como consecuencia de la expansión y ubicación de los derechos humanos como factores rectores de la actuación estatal, en diversos sistemas jurídicos se han diseñado bloques de derechos humanos o de constitucionalidad, confor-

mados por normas de carácter supremo, las cuales guardan un mismo nivel jerárquico. En tal sentido, la Constitución ya no se erige como el único parámetro de validación del sistema, sino que comparte esa función y posición con los tratados internacionales, jurisprudencia internacional, y en su caso, con las leyes ordinarias que reconocen derechos humanos. Los bloques de constitucionalidad resaltan la supremacía material de la Constitución, conformada por los derechos de la persona y los principios fundamentales, que dan soporte y legitimación a la actuación estatal. Se puede decir que en la actualidad, la acepción de “supremacía constitucional” se basa en la noción, de que el texto constitucional es el receptor de derechos humanos, y que sus respectivas garantías propician la intangibilidad de la dignidad de la persona.

Bajo esta perspectiva, el principio de supremacía no se ha reducido o merjado, sino que ha evolucionado en cuanto a su contenido. El ensanchamiento material garantiza de una mejor forma el ejercicio y tutela de los derechos humanos, fortaleciendo el estado constitucional y democrático de derecho, ubicando a la persona como razón única de ser de cualquier sistema jurídico.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

SUPREMACÍA DE LAS CONSTITUCIONES LOCALES

Principio conforme al cual, la Constitución política como ley fundamental, es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, por lo tanto, las demás normas de rango inferior deben subordinarse a ella. En caso contrario, las normas serán inconstitucionales. Y siendo la ley de más alto rango, debe existir un control constitucional para que todas las demás leyes se ajusten a ella, tanto en la forma como en el fondo.

Ahora bien, si los poderes públicos y los ciudadanos no estuvieran sometidos a la Constitución, la regulación constitucional carecería de sentido, en razón de lo cual la actividad de los órganos será legítima cuanto más sea acorde con ella y se respeten los límites que impone.

Si bien la supremacía significa grado máximo en determinada jerarquía, aquello que está en la cúspide de todo un sistema, adjetivada a la rama constitucional, la idea tiene diversos significados, uno, en cuanto a que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás que componen el orden jurídico, por lo que éstas no podrán contradecirla; otro, que ese conjunto de normas son fundamentales. También se aduce que no es suficiente que en sí misma la ley fundamental sea suprema, sino que va a requerirse que provenga de un órgano popular soberano, que sea promulgada por medio de un texto escrito y que su aplicación, vigencia y eficacia normativa sea garantizada por instrumentos de legalidad y constitucionalidad sobre las leyes o actos que de ella emanan, siendo invalidados o expulsados aquellos que se contrapongan.

Así, dentro de la estructura del diseño institucional local, suele reconocerse el principio de supremacía constitucional por lo que ve a exclusivamente al ámbito de aplicación de su régimen interno, siendo el fundamento de la unidad de éste y fuente de creación de todo el sistema jurídico y de los órganos públicos estatales o provinciales.

Por lo que ve al régimen federativo mexicano, la calidad de suprema deriva de los artículos 40 y 41 de la Constitución general, donde se enfatiza que lo será solo en el orden jurídico interno de la entidad federativa, pues las leyes que expida la legislatura local son emanación del gobierno instituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, cualquier ordenamiento estará subordinado a ella, con lo que la supremacía representa el punto más elevado de jerarquía en el sistema normativo local.

En algunas entidades federativas mexicanas, como Veracruz, Colima y Nayarit, se ha dedicado un artículo de sus textos constitucionales para establecer que, en cuanto a su régimen interior corresponde, su Constitución es la ley suprema.

Inclusive, en el estado de Nayarit, corresponde al Poder Judicial garantizar la supremacía constitucional, hacer su debida interpretación, así como proteger los derechos fundamentales que ella consagra (art. 82), a través de una Sala Constitucional–Electoral la cual tendrá competencia para conocer controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad por omisión; cuestiones de inconstitucionalidad; el juicio de protección de derechos fundamentales, y de los conflictos por límites territoriales entre dos o más municipios del estado, así como resolver la no aplicación de leyes en materia electoral contrarias a la Constitución (art. 91).

Es a partir del año 2000, en que el constitucionalismo local en la República mexicana favorece en más de veinte estados del país el principio de supremacía y su defensa ante los tribunales locales; aparece un reconocimiento a la fuerza normativa de la Constitución con carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, luego de incluirse nuevos catálogos de derechos fundamentales y los respectivos instrumentos de control constitucional.

Ahora bien, en atención a la idea de optimizar los derechos humanos, el principio de supremacía constitucional mantiene una evolución más dinámica por la influencia que ha venido ejerciendo el derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos, cuyas modificaciones nacionales han impactado al orden constitucional interno, de tal suerte que el ámbito internacional deja de ser un mero espectro abstracto e ideal, para convertirse en verdadero derecho aplicable y exigible.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos se han incorporado no solo como elementos normativos de aplicación supletoria en el derecho nacional, sino también se entretrejen con el ordenamiento constitucional de manera que son una extensión concordante a la misma Constitución con el mismo rango, lo que ha permitido que a la inclusión de los derechos humanos se le denomine bloque de constitucionalidad.

La expansión de los tratados no significa un debilitamiento del constitucionalismo local, toda vez que ello es producto del reconocimiento internacional de los derechos humanos, como un elemento básico de una sociedad democrática con valores universales cimentados en la dignidad de la persona. De ahí que la estructura piramidal clásica expuesta por Kelsen se ha ensanchado ahora desde la cúspide para integrar como normas supremas no solo a los contenidos de las Constituciones, sino a otros tipos normativos como son los tra-

tados internacionales o las leyes que protejan de manera semejante derechos fundamentales de las personas, así como las interpretaciones jurisprudenciales que realizan los tribunales supranacionales. Ello se evidencia, al momento de insertarse en las Constituciones cláusulas interpretativas conforme a los contenidos de los tratados, trayendo consigo apertura y eficacia en el respeto y vigencia de los derechos humanos, cuya lectura es armónica con el principio de supremacía.

Sin embargo, como principales características actuales de la supremacía constitucional en el ámbito estatal, podemos enunciar, cuando menos, que el Poder Constituyente es distinto de los poderes constituidos, que la forma externa de la Constitución es predominantemente escrita y rígida y que los órganos del poder se vean sujetos a mecanismos procesales de control cuando actos o normas no se ajustan a ella.

José Miguel Madero Estrada

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BRASIL)

El Supremo Tribunal Federal (STF) es el órgano máximo del Poder Judicial brasileño. Está integrado por once ministros, nombrados por el presidente de la República, una vez aprobados por mayoría absoluta en el Senado federal, entre ciudadanos de gran competencia y plena integridad, mayores de 35 y menores de 65 años de edad (art. 101 de la Constitución Federal). Son órganos del STF el Pleno, las Salas (*Turmas*) y el presidente. Las Salas tienen iguales competencias y están constituidas, cada una, por cinco ministros; el presidente del Tribunal no integra Sala.

Es competencia originaria del STF juzgar sobre: a) la acción directa de inconstitucionalidad contra leyes y actos normativos federales o estatales, así como la acción declarativa de constitucionalidad de las leyes y actos normativos federales; b) en las infracciones penales comunes, el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios ministros y el procurador general de la República; c) en las infracciones penales comunes y los delitos de responsabilidad oficial, los ministros de Estado y los comandantes de la marina, del ejército y de la fuerza aérea, excepción hecha de lo dispuesto en el art. 52 I, los miembros de los tribunales superiores, los del Tribunal de Cuentas de la Unión y los jefes de misión diplomática de carácter permanente; d) el *habeas corpus*, cuando lo interponga cualquiera de las personas mencionadas en los incisos anteriores; el “mandamiento de protección” (*mandado de segurança*) y el *habeas data*, contra actos del presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del procurador general de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; e) los juicios entre un Estado extranjero o un organismo internacional y la Unión, un estado, el distrito federal o un territorio; f) las causas y los conflictos entre la Unión y los estados, la Unión y el distrito federal, o entre unos y otros, incluyendo las respectivas entidades de administración indirecta; g) la extradición solicitada por un Estado extranjero; i) el *habeas corpus*, cuando el demandado sea el Tribunal Superior o cuando el demandado o el demandante sea una autoridad o un funcionario, cuyos actos

estén directamente sujetos a la competencia del Supremo Tribunal Federal, o se trate de un delito sujeto a la misma competencia en instancia única; j) la revisión penal y la acción rescisoria de sus propias sentencias; l) la reclamación para la conservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus resoluciones; m) la ejecución de sentencias en las causas de su competencia originaria, facultada para la delegación de atribuciones para la práctica de actos procesales; n) la acción en que todos los miembros de la magistratura estén directa o indirectamente interesados, y aquella en la que más de la mitad de los miembros del tribunal de origen estén impedidos o estén directa o indirectamente interesados; o) los conflictos de competencia entre el Tribunal Superior de Justicia y cualesquiera tribunales, entre tribunales superiores, o entre éstos y cualquier otro tribunal; p) la petición de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad; q) el mandamiento de obligación (*mandado de injunção*), cuando la elaboración de la norma reglamentaria sea atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de alguna de estas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de alguno de los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal, y r) las acciones contra el Consejo Nacional de Justicia y contra el Consejo Nacional del Ministerio Público (art. 102, I, Constitución Federal).

Mediante recurso ordinario, el STF tiene competencia para resolver sobre: a) el *habeas corpus*, el mandamiento de protección, el *habeas data* y el mandamiento de obligación, resueltos en única instancia por los tribunales superiores en caso de que la resolución sea denegatoria, y b) delitos políticos (art. 102, II, Constitución Federal). El STF también tiene competencia para resolver, en recurso extraordinario, los asuntos resueltos en única o última instancia, cuando la resolución recurrida: a) sea contraria a una disposición de la Constitución Federal; b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzgue válidos una ley o acto del gobierno local impugnado en relación con la Constitución Federal, y d) juzgue válida una ley local impugnada en relación con una ley federal (art. 102, III, Constitución Federal).

La Constitución Federal de 1988 amplió de manera significativa el sistema de control concentrado de la constitucionalidad. Se estableció el control abstracto de la omisión inconstitucional, al disponer el art. 103, §2o. de la Constitución, que “declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se notificará al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, se le dará un plazo de treinta días”. También se previó el examen del incumplimiento de un precepto fundamental (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*, art. 102, § 1o.). La enmienda constitucional num. 3, del 18 de marzo de 1993, creó la acción declarativa de constitucionalidad, que puede ser interpuesta ante el STF por los mismos sujetos legitimados para interponer la acción directa de inconstitucionalidad.

Así, el STF tiene competencia originaria sobre la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declarativa de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, el mandamiento de obligación y el examen del incumplimiento de un precepto fundamental. Además, ejerce el control de

constitucionalidad mediante el recurso extraordinario, hoy sujeto a la prueba de “repercusión general de las cuestiones constitucionales examinadas en el asunto” (art. 102, §2º, Constitución Federal). A fin de definir la repercusión general y hacer viable así el conocimiento del recurso extraordinario, el Código Procesal Civil utiliza una fórmula que conjuga relevancia más trascendencia (repercusión general = relevancia + trascendencia). La cuestión debatida tiene que ser relevante desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, además de trascender el interés subjetivo de las partes en el asunto (art. 543-A, §1o. CPC).

El STF puede, de oficio o a petición de parte, mediante resolución de dos terceras partes de sus miembros, después de dictar resoluciones reiteradas en materia constitucional, aprobar una tesis (*súmula*) que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tenga efecto vinculante en relación con los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación en la forma que disponga la ley (art. 103-A, Constitución Federal). Se trata de la llamada “tesis obligatoria”, que tiene “por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia efectiva entre órganos judiciales, o entre éstos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y una considerable multiplicación de los procesos sobre la misma cuestión” (art. 103, §1o., Constitución Federal). No obstante la previsión de tesis obligatoria, actualmente se debate en el STF sobre la eficacia vinculante de los considerandos que sustentan los fallos en el control concentrado de constitucionalidad y en el recurso extraordinario (STF, Reclamação 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004; STF, Reclamação 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Luiz Guilherme Marinoni
(traducción de Héctor Fix-Fierro)

SUSPENSIÓN PONDERATIVA

Entre las modificaciones que produjo la reforma al juicio de amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 se encuentra la del art. 107, frac. X, de la Constitución, relativa a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo. Dicho cambio consistió en disponer que para resolver sobre esta medida cautelarse “deberá realizar un *análisis ponderado* de la apariencia del buen derecho y del interés social” (cursivas añadidas).

El término “ponderar” en este precepto constitucional parece tener simplemente el sentido de imponer la mera “consideración” a los conceptos que refiere. Pero ninguna de las acepciones de este vocablo que brinda la Real Academia Española tiene esa orientación sencilla, sino que establecen otros significados; el más parecido a aquel sentido lleva a pensar que la “ponderación” de dichos conceptos debe consistir en examinarlos “con cuidado”, lo que denota algo más que una simple “atención” a ellos. Otras acepciones del verbo “ponderar” lo explican como la acción por la que se determina “el peso de algo”, o se “contrapesan” o “equilibran” dos objetos diferentes.

El origen de esta reforma, que incluyó la “apariencia de buen derecho” como *elemento constitucional* de la suspensión en el juicio de amparo, se remonta a la jurisprudencia 15/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la resolución de la contradicción de tesis 3/95 (IUS 1012382); se trata de una recepción más de la doctrina judicial en el nuevo régimen de este proceso. El alto tribunal sostuvo ahí que al analizarse la procedencia de suspender el acto reclamado, la naturaleza de la violación alegada y su correspondiente “apariencia de buen derecho” “deberá[n] *sopesarse* con los otros elementos requeridos [...], porque si el perjuicio al interés social o al orden público es *mayor* a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá *negarse* la suspensión solicitada” (cursivas añadidas). *A contrario*, deberá otorgarse la medida cautelar, si el daño que la ejecución del acto reclamado produjera al quejoso fuera mayor que el perjuicio ocasionado por la suspensión al interés social o al orden público (*cf.* IUS 1012482, 1012552, 1012550 y 2003167).

El estudio que requiere la consideración de la apariencia de buen derecho siempre será, con mayor o menor grado, muy complejo. En él es necesario determinar distintos extremos, y su dificultad radica no solo en la argumentación probatoria que exige su realización, sino también en los criterios necesarios para concluir si el interés del quejoso debería ceder, o habría de hacerlo, el interés público que se supone tras el acto de autoridad impugnado. El instrumento para establecer los justos alcances de ambos extremos es el principio de proporcionalidad *lato sensu*, y el examen de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, más conocida como “ponderación” (véase “principio de proporcionalidad” en este diccionario).

La materia de esta medida cautelar, como la de cualquier otra, se cifra en la oposición entre la *tutela judicial efectiva* del posible derecho del quejoso —o aun el de otros sujetos—; para apreciar la intensidad con que se afectaría este derecho fundamental es relevante el grado de la “apariencia” de su “bondad”; y por el otro, la satisfacción del *interés público* que persigue la ejecución del acto reclamado. El resultado de este examen de proporcionalidad *lato sensu* arrojará cuál es la posición jurídica con el mayor peso en el caso concreto, la cual por lo mismo deberá prevalecer. Esto también puede decirse respecto de cualquier otra medida cautelar que haya de tomarse en el juicio de amparo u otros procesos.

Las disposiciones de la Ley de Amparo de 1936 regularon la suspensión en términos generales con base en la subsunción, el modelo de aplicación jurídica imperante en su tiempo. El art. 124 de dicha ley estableció requisitos cuya actualización determinaba otorgar esta medida cautelar. Particularmente, de la frac. II de este numeral se desprendía que la suspensión no se otorgaría cuando con ella “se sig[uiera] perjuicio al interés social, [o] se contrav[inieran] disposiciones de orden público”. La interpretación literal de este precepto conducía a que cualquier atisbo de “interés social” u “orden público” bastara para negar la suspensión.

En cambio, la “ponderación” de la “apariencia de buen derecho” exige, con base en el principio de proporcionalidad, sopesar el interés público del

acto reclamado frente al del quejoso y los posibles méritos de su pretensión, para establecer cuál amerita protección cautelar en el caso particular. Esta operación “ponderativa” no dará siempre como resultado la prevalencia del interés público, aun cuando sea claro que el acto reclamado lo promueve, pues a éste no le basta perseguir un fin legítimo para superar el interés suspensivo del quejoso y los beneficios que la medida cautelar reportaría a la tutela judicial efectiva de la posición que el derecho aparentemente le otorga (véase IUS 2003294).

Aunque esta ponderación, como se indicó, fue avalada por la jurisprudencia de la Suprema Corte, no fue sino hasta la reforma del 6 de junio de 2011 cuando adquirió fundamento textual en la Constitución. Ella también encuentra apoyo en los arts. 129, último párrafo, y 138 de la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013.

La suspensión ponderativa en el juicio de amparo asemeja esta medida cautelar a la dispuesta para la controversia constitucional por el art. 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, que prescribe considerar “las circunstancias y características particulares del caso” (véase IUS 1000511). Con esta asimilación se sistematiza (y moderniza) el derecho procesal constitucional mexicano.

Rubén Sánchez Gil

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE MENORES

La sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores —sustracción internacional parental de menores— tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. De ambas convenciones destacamos su contenido *cuasi* idéntico por lo cual, por cuestiones de espacio y para el desarrollo de la presente voz, haremos referencia a la primera de ella en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis años por parte, generalmente, de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el artículo 3o. de la Convención de La Haya de 1980 establece que: “... el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando éste derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención”.

Asimismo, el artículo 8o. de la Convención de La Haya de 1980 expresa que: “ Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha

sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor”.

Tenemos, entonces, que el progenitor perjudicado puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores en su interés superior.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así el artículo 7o. menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando ya sea directamente o a través de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1) localizar al menor; 2) prevenir que sufra mayores daños; 3) garantizar la restitución voluntaria; 4) buscar resolución amigable; 5) intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6) facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8) conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9) garantizar la restitución del menor sin peligro, y 10) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional redunda en dicho principio de cooperación, tornándolo imprescindible y así estipula: “La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”.

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución, si bien el mecanismo de retorno o restitución es considerado como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, una cuestión toral que se hace patente a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la Sexta reunión de la comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 realizadas en junio de 2011 y enero de 2012 y su Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9o. expresa que, en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro

Estado, se transmitirá directamente y sin demora, potenciando el multimencionado principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

En otro orden de ideas, expresar que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, solo podrá hacer valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 (arts. 11 y 12 de la Convención Interamericana de 1989) y que se enumeran a continuación: *a*) que hubiere transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita; *b*) que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue traslado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; *c*) el consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de producirse estaba al cuidado del niño; *d*) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable; *e*) cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y éste se oponga a su restitución; *f*) también se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (art. 20 de la Convención de La Haya de 1980), y *g*) se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo al art. 17 de la Convención de La Haya de 1980 que: “El hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”.

Por último, destacamos dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de esta voz que se asemeja, quizá, más a un recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

a) En ningún caso el juez ante el que se tramita o solicita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el art. 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: “... después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio”.

El juez sí decide, en cambio, en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, art. 5o., inciso *b*) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.

b) El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de inicio del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expedito que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

Nuria González Martín