

Primera edición: enero de 2009
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 978-607-468-042-3

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

*A*NUARIO DE LA *C*CULTURA
JURÍDICA MEXICANA

3-2008

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro José Fernando Franco González Salas
Presidente

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Mariano Azuela Güitrón

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Dr. César de Jesús Molina Suárez
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

Contenido

Presentación	13
Introducción.....	15

I. CULTURA JURÍDICA: COMUNIDAD, DERECHO Y JUSTICIA

1. Derecho a la integridad personal y derechos humanos. Por Omar Huertas Díaz	21
Introducción.....	23
A. Aspectos generales	25
B. Derechos humanos y derecho a la integridad personal	27
C. Protección universal del derecho a la integridad personal	30
D. Protección interamericana del derecho a la integridad personal	34
E. El arte real	37
F. Resultado: La garantía internacional del derecho a la integridad personal	40
Conclusión	42
Bibliografía	44
2. El Poder Constituyente originario como forma de poder político. Por Sergio Raúl Castaño...	47

Proemio sobre la relevancia y el estado de la cuestión.....	49
A. Una dilucidación previa: la naturaleza de la cuestión	51
a. Un equívoco a despejar	52
b. La definición nominal (I): el término “Constitución”	55
c. La definición nominal (II): La Constitución en la perspectiva de tres corrientes fundacionales.....	57
i) La tipología de García-Pelayo ...	57
ii) Síntesis crítica	64
d. Hacia una definición real de Constitución. La comprensión política del concepto	70
i) La Constitución como totalidad social	71
ii) La Constitución como composición nacional, racial y religiosa ...	72
iii) La Constitución como tradición política	74
iv) La Constitución como orden de distribución territorial del poder (“formas de Estado”).....	75
v) La Constitución como orden de la subordinación (“formas de gobierno”)	78
vi) La Constitución como la presencia y la acción de los factores de poder social	80
vii) La Constitución como la dinámica política en sus principios culturales e ideológicos	81
viii) La Constitución como el “sistema político” en relación a los partidos	83

ix) La Constitución jurídica: a) la Constitución jurídica total	84
x) La Constitución jurídica: b) la Constitución jurídico-formal según el constitucionalismo	86
xi) El sentido plenario de Constitución: la <i>complexión</i> u orden total de la comunidad política	87
B. La posición de Louis Billot: el Poder Constituyente como determinación comunitaria de la forma y de los títulos de la autoridad política	88
a. La tesis de Louis Billot: el Poder Constituyente como determinación comunitaria de la forma y de los títulos de la autoridad política	89
b. Las debilidades teóricas del “traslacionismo”	94
C. Perfilando una tesis: el <i>sujeto que ejerce</i> el Poder Constituyente	99
a. La adhesión actual o consuetudinaria como forma impropia de Poder Constituyente	99
b. El Poder Constituyente en relación con los diversos sentidos de “Constitución”	101
Conclusión	103
Bibliografía	105

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución. Por Andrés Botero Bernal..	113
A. Resumen	115
B. Notas preliminares	115

C. Contenido	116
Bibliografía	129
2. Justicia Constitucional y Derechos Humanos no escritos. Por Clicerio Coello Garcés	139
Introducción.....	141
A. Las vías de reconocimiento de nuevos derechos humanos	144
B. Fundamento constitucional para reco- nocer derechos humanos por la vía de la interpretación	148
C. Casos de derecho comparado	153
D. Justicia constitucional y derechos humanos no escritos en México	156
Conclusión	159
Bibliografía	160

III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Interpretación de la Norma Jurídica. Por Luis Alberto Navarrete O.	165
A. A manera de Introducción	167
B. Concepto	167
C. Tipos de Normas	169
D. Características de la norma jurídica ..	170
E. La interpretación de la norma jurídica	171
F. Método Lógico	172
G. Método Sistemático	173
H. Método Histórico	174
I. Método Teleológico	175
J. Método Empírico	176
K. Las doctrinas de la interpretación	177
L. La interpretación constitucional	186

M. Conclusiones generales	187
Bibliografía	188
IV. CONGRESOS ORGANIZADOS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE CASAS DE LA CULTURA JURIDICA Y ESTUDIOS HISTÓRICOS	
A. Conclusiones y Clausuras de Congresos Nacionales organizados por la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, en 2007. Por César de Jesús Molina Suárez	193
La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas San Cristóbal de las Casas, Chiapas	193
Presentación de Conclusiones	195
1. Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional en México	203
Mesa 1. Iniciativa de creación de nuevos Tribunales Constitucionales en los Estados. Por Rafael Estrada Michel	203
Mesa 2. Principios Constitucionales de la Justicia Electoral Estatal. Por Pedro Esteban Penagos López	209
Mesa 3. La Codificación de la Justicia Constitucional Estatal. Por Carlos Arenas Bátiz	215
Mesa 4. El desempeño de la Justicia Constitucional Estatal. Por César Iván Astudillo Reyes	221
Mesa 5. La Protección de los Derechos Políticos en el Estado. Por Manuel González Oropeza	231
Conferencias Magistrales	237

Presentación de Conclusiones. Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional en México. Por César de Jesús Molina Suárez	243
Mesa 1. La Justicia Constitucional en la Reforma del Estado	251
A. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional en el Nuevo Federalismo Judicial Mexicano	253
B. La Justicia Constitucional Mexicana en el Marco de los Tratados Internacionales	255
C. La reestructura de los Procesos Constitucionales: Propuesta de modificación a la procedencia del Amparo Directo ..	256
D. La Reforma del Estado, desde lo local .	258
Mesa 2. Medios de Control Constitucional	261
A. El juicio de amparo: pasado, presente y futuro	263
B. Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad	265
C. Control Constitucional de Leyes y Actos en Materia Electoral	266
D. Otros medios de control constitucional	268
Mesa 3. El perfil humano de la Justicia Constitucional en México	271
A. La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional Mexicano	273
B. El acceso a la Justicia Constitucional en México	274
C. Formación Educativa en Justicia Constitucional	276
D. Los valores éticos de las personas involucradas en la Justicia Constitucional	277
Conclusiones	278

Clausura del Congreso sobre menores infractores. Por César de Jesús Molina Suárez	281
---	-----

CASAS DE LA CULTURA JURÍDICA

Lecciones magistrales	297
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Alfonso López Aparicio”, en Aguascalientes ..	299
Ponente en conferencia magistral de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Pedro Guerrero Martínez”, en Campeche	304
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Andrés Quintana Roo”, en Cancún	304
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro José Fernando Ramírez”, en Chihuahua .	307
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Teófilo Olea y Leyva”, en Cuernavaca	308
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Xavier Icaza y López Negrete”, en Durango	310
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Hilario Medina Gaona”, en Guanajuato ..	310

Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro José María Ortiz Tirado”, en Hermosillo	311
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Mariano Azuela Rivera”, en Jalisco	315
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ángel González de la Vega Iriarte”, en La Paz	317
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Agustín Aguirre Garza”, en Matamoros	323
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministra María Cristina Salmorán de Tamayo”, en Oaxaca	325
Ponentes en conferencias magistrales de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Fernando de la Fuente Sanders”, en Ciudad Victoria, Tamaulipas	328

Presentación

Resulta muy gratificante la aparición del tercer número del *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, producto del compromiso de este Alto Tribunal por desarrollar y difundir el conocimiento del derecho a través de la labor que desempeñan las Casas de la Cultura Jurídica, con el propósito de que, gobernantes y gobernados, logren un mejor entendimiento de sus derechos y obligaciones dentro de la sociedad, así como de la actuación de los poderes públicos.

Dan contenido al presente número algunas conferencias pronunciadas en diferentes Casas de la Cultura Jurídica del país; asimismo, varios trabajos de investigación relacionados con el tema de la cultura jurídica en nuestros días, a saber: “Derecho a la integridad personal y derechos humanos”, “El Poder Constituyente originario como forma de poder político”, “Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución”, “Justicia Constitucional y Derechos Humanos no escritos”, e “Interpretación de la norma jurídica”.

Esperamos que, el presente número, reciba la misma acogida dispensada a los anteriores por parte de la comunidad jurídica nacional, y que su lectura sea provechosa para los estudiosos del derecho.

*Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Introducción

El desarrollo de la cultura jurídica en nuestro país es una condición necesaria para un mejor desempeño de la actividad jurisdiccional, en particular, y de las instituciones públicas en general. Es por ello que el *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana* es una obra de gran valía, pues a través de ella se fomenta el interés de los justiciables por conocer el derecho mexicano.

El presente número, como es sabido, se compone de las diferentes disertaciones que a lo largo del año fueron pronunciadas por expertos de las diversas disciplinas del derecho en las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el trabajo *Derecho a la integridad personal y derechos humanos*, se desarrolla el contenido jurídico y la importancia que ha adquirido desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos el “derecho a la integridad personal”. Se trata de una cuestión fundamental, puesto que se combate una práctica sistemática dentro de los Estados contemporáneos: la tortura o los malos tratos que profieren de forma arbitraria las autoridades públicas de un país —y en no pocas ocasiones los particulares— a sus gobernados.

El conocimiento, alcance y difusión de este derecho es importante para el destierro de su conculcación.

Por lo que respecta al artículo *El Poder Constituyente originario como forma de poder político*, en él Sergio Castaño, desarrolla y cuestiona el concepto del Poder Constituyente del pueblo, el cual representa la carta fundacional del Estado constitucional desde hace dos siglos. Dicho principio ha sido presentado como un dogma del constitucionalismo hasta ahora poco cuestionado en su estructura fundamental, por lo que el trabajo se centra en una crítica a la noción del Poder Constituyente y otros elementos conceptuales con los que tradicionalmente ha venido operando el constitucionalismo.

Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución. En este trabajo Andrés Botero, hace un importante análisis *ius* histórico de los momentos fundacionales de la Justicia Constitucional. Da cuenta de otros fenómenos e instituciones jurídicas que constituyen los orígenes de la defensa judicial de la Constitución, los cuales, generalmente, han sido soslayados por los estudiosos del derecho constitucional estableciendo como únicos acontecimientos fundacionales indiscutibles el caso *Marbury vs Madyson* (1830) y el Tribunal Constitucional austriaco de Kelsen (1920). En todo caso propone un diálogo entre historiadores del derecho y los cultivadores del derecho constitucional con el fin de hacer una historia más rica en contenidos.

Los dos ejes en los que se sustenta el Estado constitucional son, por un lado, la justicia constitucional y,

por el otro, los derechos humanos. A través de la jurisdicción constitucional se viene a materializar el anhelo de la realización efectiva de éstos. Por otro lado, el futuro de los derechos depende de su interpretación, pues a través de dicha actividad se pueden desarrollar otros derechos que no se encuentran regulados de forma explícita en el texto constitucional. Estos y otros aspectos aborda con gran originalidad, Clicerio Coello Garcés, en su conferencia *Justicia constitucional y derechos humanos no escritos*.

En el estudio titulado, *Interpretación de la norma jurídica*, Luis Navarrete Obando desarrolla la importancia que tiene la interpretación de la norma jurídica para la función jurisdiccional. En los diferentes textos jurídicos (códigos, leyes, constituciones) se encuentran una serie de lagunas y contradicciones que requieren ser subsanadas por el Juez a través de la actividad interpretativa. El autor también nos ofrece un análisis de los diferentes métodos de interpretación jurídica a los cuales el Juez puede acudir para la correcta atribución del significado a los textos jurídicos.

Ponemos en las manos del lector el presente anuario para que se nutra de su rico contenido y lo lleve a explorar nuevos derroteros de la ciencia jurídica.

*Dirección de Análisis e Investigación
Histórico Documental*

I.

CULTURA JURÍDICA:
COMUNIDAD,
DERECHO Y JUSTICIA

1. Derecho a la integridad personal y derechos humanos

Omar Huertas Díaz*

* Profesor de la Universidad Autónoma de Colombia, Candidato a Doctor de la Universidad Oberta de Cataluña (España).

Introducción

Una persona que sea sometida a cualquier clase de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin lugar a dudas experimenta una grave y devastadora lesión a su condición de ser humano. En muchas ocasiones este tipo de atropello lo desconecta súbitamente de su dignidad humana y de su relación con el entorno, le produce sufrimiento (*dolor + tormento mental*), lo expone al riesgo de morir, a impedimentos funcionales y a deformidades severas. Cuando la víctima logra regresar a su hábitat, encuentra que ha sobrevivido a tal vulneración a un costo personal, familiar y social que nunca podrá ser calculado y que su inserción en la sociedad y al rol productivo realmente se hace difícil y traumática.

Por estas razones jurídicas, humanísticas, psicosociales y económicas, “la integridad personal” es un derecho protegido internacionalmente, en la medida en que todas aquellas acciones tendientes a menoscabar física o psicológicamente a una persona, como pueden ser la tortura, o los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, están proscri-

tas por múltiples tratados y convenciones de carácter internacional.¹

Fruto de dichos tratados y convenciones, es la creación de una serie de instancias internacionales destinadas a obrar como mecanismos supraestatales de control del cumplimiento de los deberes y obligaciones asumidos por los Estados. Muchos de ellos han autorizado que estos organismos supranacionales conozcan de peticiones o quejas presentadas por ciudadanos contra el tratamiento que en materia de derechos humanos se ha dado al interior de cada Estado, a fin de nivelar las fuerzas entre las potestades de los Estados y los derechos de los particulares.²

La gran mayoría de los Estados americanos tiene obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en virtud de acuerdos suscritos con otros Estados en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU) o *Sistema Universal* —que recibe ese nombre por incluir a casi la totalidad de países del mundo— y en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) o *Sistema Interamericano*, que es el sistema regional que se aplica para los Estados de las Américas. Describir las virtudes, debilidades y garantías jurídicas de estos sistemas, con relación a la efectiva protección internacional del derecho a la integridad personal es, pues, el objetivo de este artículo.

¹ HUERTAS DÍAZ, Omar, *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia*, 1980-2005, Bogotá, Ediciones jurídicas Ibáñez, 2005, pp. 64-82.

² REYES, Alejandra, *El derecho a la integridad*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Red de Promotores de Derechos Humanos, 2001, pp. 19-20.

¿Cuáles son las virtudes, garantías y debilidades jurídicas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a nivel universal e interamericano, presenta para combatir las violaciones al derecho a la integridad personal?

En esta investigación se utilizaron los métodos descriptivo y analítico-deductivo. Mediante el primero, se pudieron establecer los sistemas e instrumentos más relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que consagran el derecho a la integridad personal. El método analítico-deductivo fue determinante para examinar el material bibliográfico consultado.

Los documentos que sirvieron de apoyo medular a la investigación fueron tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en varias traducciones e interpretaciones, y algunos comentarios de otros autores. Finalmente, se confrontó la actual política universal e interamericana de protección y garantía del derecho a la integridad personal, en temas como las obligaciones internacionales de los Estados Parte, la ley internacional en sus alcances y límites para ayudar a las personas, víctimas y familiares de aquellos que sufren transgresiones a su derecho a la integridad personal, y el carácter universal que representan los conceptos ofrecidos por el Derecho Internacional con relación a este derecho.

A. Aspectos generales

El derecho a la integridad personal o a la *incolumidad* se entiende como un conjunto de condiciones *físicas*,

psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir algún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.³

La *integridad física* hace referencia a la plenitud corporal del individuo; implica la preservación de los órganos, partes y tejidos del cuerpo humano, y del estado de salud de las personas. De allí que todo ser humano tiene derecho a ser protegido contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, sea destruyéndolo o causándole dolor físico o daño a su salud. Las torturas, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y los tratos despiadados a los detenidos, constituyen las conductas más comunes que vulneran el derecho a la integridad física.

Por su parte, la *integridad psíquica* alude a la preservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La *integridad moral* se refiere al derecho de cada ser humano al desarrollo de su vida de acuerdo a sus convicciones. La inviolabilidad de la integridad psíquica se relaciona con el derecho a no ser obligado, constreñido o manipulado mentalmente contra su voluntad. De esta manera, la práctica de desapariciones forzadas por el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

³ AFANADOR, María Isabel, "El derecho a la integridad personal, elementos para su análisis", en *Reflexión Política*, 8, 2002, p. 92.

El derecho a la integridad psicofísica y moral no puede desligarse del derecho a la vida. Es así como la pretensión de un estudio académico sobre el tema, ha de referirse —por lo menos genéricamente— al derecho a la vida, en cuanto constituye el presupuesto de todos los derechos humanos. No obstante, es necesario precisar que el bien de la personalidad protegido a través del derecho a la integridad es la vida humana, pero no considerada en su totalidad como derecho a la existencia, sino considerada parcialmente como derecho a no sufrir menoscabo en alguna de sus dimensiones fundamentales, bien sea corporal, psíquico y moral. Esta característica, entre otras, es la que permite distinguir el derecho a la integridad personal del derecho a la vida en sentido estricto.⁴

B. Derechos humanos y derecho a la integridad personal

Los derechos humanos son un conjunto de atributos propios de los seres humanos, que permiten su desarrollo y evolución. Para algunos, también son principios de convivencia que aseguran la legitimidad del Estado y garantizan el respeto por la dignidad de los ciudadanos que lo integran. Implican, además, un conjunto de obligaciones que limitan y regulan el poder del Estado.

Históricamente, los derechos humanos llamados de “primera generación” han sido considerados como aquellos reconocidos en los orígenes del “Estado”

⁴ AFANADOR, *op. cit.*, p. 93.

constitucional, mediante importantes declaraciones como la del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, en Francia, en 1789.⁵ Para la doctrina, este tipo de derechos son llamados también derechos civiles y políticos, o derechos individuales clásicos, que protegen a la persona de la acción del Estado, puesto que constituyen barreras infranqueables que impiden que éste pueda lesionar con su poder estos derechos ciudadanos. Son de primera generación, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la intimidad, a la honra, a la seguridad individual, a las garantías procesales, los derechos políticos, el derecho de propiedad y la igualdad formal.

Los derechos humanos llamados de “segunda generación” tienen relación con las condiciones económicas, sociales y culturales que un Estado debe brindar a sus asociados. Surgieron a partir de las reivindicaciones de gobiernos socialistas en la primera parte del siglo XX, y exigen del Estado una intervención directa en lo social (*Estado Bienestar*). La doctrina los denomina derechos sociales, y entre ellos se encuentran los derechos a la educación, salud, trabajo, etc. Por último, los derechos de “tercera generación” son respuestas recientes al deterioro de la vida colectiva y del entorno. Surgen al final del siglo XX, y parten de la necesidad de valorar la condición humana desde una perspectiva holística, concibiendo al hombre como parte de una estructura comunitaria y natural. Son derechos de tercera generación, el derecho a la paz,

⁵ SÁNCHEZ, Ricardo y Luis Fernando MALDONADO, *Escritos para el estudio de los Derechos Humanos*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2000.

el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho al medio ambiente, entre otros. La doctrina internacional los denomina derechos de solidaridad.⁶

El derecho a la integridad personal, al igual que los demás derechos humanos, es un derecho inherente a la persona en atención a su naturaleza. Este derecho asegura la integridad física y psicológica de las personas, y prohíbe la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en esos atributos individuales, tal y como lo señala el profesor Mario Madrid-Malo.⁷ Junto con los demás derechos humanos, la integridad personal le pertenece a todos los individuos desde el momento mismo de su existencia; es universal porque todas las personas lo detentan sin distinción o discriminación alguna; es inviolable porque ni el Estado ni los particulares pueden lícitamente vulnerarlo; y es necesario, porque es un derecho que permite asegurar la vida armónica de las personas, y además, es inalienable, porque nadie puede renunciar a él.

De ahí que los tratados y convenios que consagran la protección de estos derechos aseguren su cumplimiento y protección. El respeto por los derechos humanos en una sociedad moderna es trascendental, en la medida en que su garantía permite la yuxtaposición de aspiraciones ciudadanas, la convivencia colectiva de manera armónica, y la consolidación del

⁶ ALSTON, Philip, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obsfuscation of International Human Rights*, Washington, United Nation Center of Human Rights, 1982, p. 82.

⁷ MADRID-MALO, Mario, *Diccionario básico de términos jurídicos*, Bogotá, Legis, 1990, p. 23.

sistema democrático. La violación reiterada e injustificada de los derechos humanos —entre ellos el derecho a la integridad personal— disminuye las posibilidades de crecimiento y desarrollo de una comunidad y desvirtúa la razón de ser y la legitimidad del Estado.⁸

C. Protección universal del derecho a la integridad personal

En el sistema universal de protección existen varias declaraciones y convenios que aseguran el derecho a la integridad personal. El primero de ellos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que en su artículo 5o. prohíbe las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, tradicionalmente entendidos como atentados contra el derecho a la integridad personal.⁹

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su Art. 7º, consagra esta misma prohibición y añade que nadie puede ser sometido, sin su consentimiento, a experimentos médicos o científicos, por considerar que estas conductas pueden ser eventualmente contrarias a la integridad y salud de las personas. El artículo 10 del Pacto en mención señala, igualmente, que los individuos privados de la libertad deben ser tratados humanamente y que se debe hacer una distinción entre quienes están procesados y quienes están condenados, en lo concerniente a las circunstancias de su reclusión. La idea

⁸ REYES, Alejandra, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁹ *Ibid.*, p. 20.

es asegurar que el trato sea diferente para unos y otros, en la medida en que los procesados, por su condición, no pueden recibir un tratamiento que implique una pena, sin haber sido condenados por una infracción penal determinada.

Específicamente en lo concerniente al tema de la tortura, los Estados que integran el sistema universal han suscrito la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, en la que se define a la tortura como todo acto:

... por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Adicionalmente, esta Convención contra la Tortura,¹⁰ en su artículo 2o., impone la obligación a todos los Estados parte de tomar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo su territorio. Por

¹⁰ RODRÍGUEZ, Diego, *et al.*, *La dimensión internacional de los Derechos Humanos*, Washington Banco Interamericano de Desarrollo, American University, 1999, p. 98.

consiguiente, de conformidad con el artículo 4o. de la Convención, deberá velarse porque los actos de tortura sean consagrados como delitos, acorde con la legislación penal interna de cada país.¹¹

Respecto a la obligación de los Estados de asegurar la eficacia de este derecho, también frente a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el artículo 16 de esta Convención señala que:

1. Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal y como se define en el artículo 1o. cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...).

En el sistema universal de protección es de suma importancia la Convención de Derechos del Niño de 1989, ya que reconoció que los niños, las niñas y los jóvenes son titulares por excelencia de derechos humanos y que sus derechos son prevalentes. Con ello se permitió asegurar a nivel internacional que los menores fueran valorados como sujetos de derechos y no simplemente como objetos de libre disposición de sus padres y familias.¹²

¹¹ REYES, Alejandra, *op. cit.*, p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 24.

Desde esa perspectiva, en la Convención sobre Derechos del Niño, en que se les concede a los menores de 18 años una protección especial del Estado para mitigar su situación de debilidad, el derecho a la integridad personal de los niños y las niñas se consagró de la siguiente manera:

Artículo 19.

1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicios o abuso físico o mental, descuido o trato negligente; malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo.

Artículo 28.

2. Los Estados parte adaptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente convención.

Artículo 34.

Los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a. La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.
- b. La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.
- c. La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 37.

Los Estados parte velarán por que:

- a. Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidades de excarcelación por los delitos cometidos por los menores de 18 años de edad.

Con esta Convención, se hace énfasis en que la disciplina escolar debe darse acorde a criterios que respeten la dignidad humana de los menores. Así, a partir de estas disposiciones, muchos tratos tendientes a ridiculizar a los niños o niñas y a infringirles golpes o castigos físicos por parte de las autoridades educativas han sido abolidos en muchos países. Adicionalmente, la violencia sexual y los abusos sexuales en general son considerados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como actos contrarios a la integridad de las personas por su intención específica de humillar y agredir mental y físicamente a las víctimas. Los Estados parte, como se expresa en los artículos señalados, están en la obligación de adoptar todas las medidas que tengan en su poder para evitar estas violaciones a la integridad física y psicológica de los menores.¹³

D. Protección interamericana del derecho a la integridad personal

El artículo 5o. incisos 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de

¹³ REYES, Alejandra, *op. cit.*, p. 25.

Costa Rica, hace un reconocimiento del derecho a la integridad personal, e indica igualmente, las conductas prohibidas susceptibles de vulnerar dicho derecho, así:

Artículo 5°:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (...)
4. Los procesados deben ser separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su situación de personas no condenadas.

Con respecto a este artículo es importante precisar que, a diferencia de las disposiciones consagradas en el sistema universal, esta norma enuncia expresamente el derecho a la integridad personal, incluyendo las dimensiones, física, psíquica y moral que lo componen. Pero se distingue del sistema universal en que no se hace alusión expresa a la protección ante experimentación médica o científica no consentida. En todo caso, esos actos estarían prohibidos de manera general, en las disposiciones enunciadas del artículo 5o.

Regionalmente, existe además, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Organización de Estados Americanos, OEA), que en su artículo 2°. señala:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona pena o sufrimientos físicos

o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como penas o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Como se mencionó al estudiar el sistema universal de protección, el interés de los convenios internacionales es el de asegurar por parte de los Estados, un tratamiento respetuoso de los derechos de sus ciudadanos al interior de sus respectivas jurisdicciones. Las afrentas de particulares a estos derechos deberán estar tipificadas, como se dijo, en la legislación penal interna de cada país y todo delito tendiente a infringir el derecho a la integridad de las personas deberá ser perseguido y sancionado por los Estados. La omisión en estas obligaciones genera para los Estados parte, responsabilidad internacional.¹⁴

Por último, otro instrumento de protección del derecho a la integridad personal en el sistema interamericano, es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que consagra, entre otras cosas, lo siguiente:

¹⁴ *Ibid.*, pp. 33-34.

Artículo 4o.

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros:

- a. El derecho a que se respete la vida;
- b. El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. El derecho a la libertad y seguridad personales;
- d. El derecho a no ser sometida a torturas (...)

Esta especial protección a los derechos de las mujeres obedece, entre otras cosas, a las altas tasas de violencia intrafamiliar que aún afectan a los países latinoamericanos. En este artículo se reconoce no sólo la prohibición de la tortura en contra de las mujeres, sino la dimensión completa del derecho a la integridad personal, precisamente porque muchos de los maltratos de los que son objeto las mujeres trascienden la esfera física y se concentran en maltratos de tipo psicológico o moral. A esta Convención se le conoce también con el nombre de Convención de Belem do Pará, debido a que se elaboró en esa ciudad brasileña, el 9 de junio de 1994. La Comisión Interamericana está facultada para conocer casos en los cuales se denuncie una vulneración de los derechos allí consagrados.

E. El arte real

El derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en el *Derecho internacional*, desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

(artículo 5o.), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo I, XXV y XXVI).

Pero no es sino hasta mediados de los años sesenta, cuando tienen origen los tratados generales de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 7o.) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", de 1968 (artículo 5o.), que este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional.

Debido a la preocupación de la comunidad internacional que consideró la importancia de este derecho y lo reiterado de las prácticas mundiales atentatorias contra el mismo, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25 de junio de 1987, tras haber sido ratificada por 20 países. Para el año 2001 contaba con 124 Estados parte.

Igualmente, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se suscribe, en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

Existen diferencias en la forma en que los instrumentos internacionales abordan la protección de los derechos vinculados a la integridad y a la dignidad

de la persona. Curiosamente, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni el PIDCP reconocen expresamente el derecho a la integridad personal como tal. No obstante, es evidente que la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal de la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes previstas en el artículo 5° de la Declaración Universal y 7° del PIDCP. El artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra expresamente el derecho a la integridad personal y hace un aporte valioso a la definición de su contenido, al precisar que comprende la “integridad física, psíquica y moral”.

La Declaración Americana no sólo carece de una disposición que reconozca el derecho a la integridad personal, sino que también carece de una prohibición expresa de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No obstante, su primer artículo consagra el derecho de toda persona a “la vida, la libertad y a la seguridad de su persona”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que el concepto de seguridad personal comprende la integridad personal. En una oportunidad manifestó “(...) que la tortura física o moral no se justifica en modo alguno, por ser atentatoria contra la dignidad humana y viola la integridad de la persona, cuya defensa está consagrada en el artículo 1° de la Declaración Americana”.¹⁵

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades*, Washington D. C.: CIDH, 1990, p. 337.

Además de las normas que tutelan la integridad de toda persona, la normativa internacional establece otras que tienen por finalidad la protección de las personas privadas de la libertad. Estas últimas normas son de dos tipos. El párrafo 2 del artículo XXV de la Declaración Americana, el párrafo 1 del artículo 10 del PIDCP y el párrafo 2 del artículo 5º de la Convención Americana consagran el derecho genérico a un trato humano —en las palabras de estas dos últimas— o un trato respetuoso de la dignidad de la persona humana. Los dos tratados también contienen normas más específicas relativas al trato de distintas categorías de reclusos, en particular la separación de éstos según su condición jurídica, sexo y edad, y la rehabilitación de reos condenados. Mientras que el derecho genérico a un trato humano es reconocido en cuanto derecho de toda persona privada de la libertad, las demás disposiciones sobre el trato de los reclusos son derechos propios de personas privadas de la libertad por motivos de índole penal.

F. Resultado: La garantía internacional del derecho a la integridad personal

El derecho a no ser objeto de tortura ni de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un derecho absoluto. El artículo 7º del PIDCP lo cataloga como norma cuya vigencia no puede ser alterada, ni siquiera durante una emergencia que amenace la vida de la nación. En el PIDCP este estatus de derecho, cuya vigencia y contenido no pueden ser afectados por medidas de emergencia, no se extiende al derecho de las personas

privadas de libertad a un trato digno. La Convención Americana otorga una protección más amplia contra medidas de emergencia, extendiendo dicho nivel de protección a todo el artículo 5º, incluyendo el derecho de las personas privadas de libertad a un trato digno y humano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó el carácter perentorio de este derecho cuando manifestó: «Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona».¹⁶ En un informe reciente, la CIDH ha declarado lo siguiente:

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, el artículo 1º de la Declaración Americana establece el derecho de toda persona a “la vida, la libertad y la seguridad personal”. Un aspecto esencial del derecho a la seguridad personal es la prohibición absoluta de la tortura, que se constituye en norma perentoria del derecho internacional que crea obligaciones *erga omnes*.¹⁷

El Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce la tortura (pero no así los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) como delito contra la humanidad cuando es cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7, párr. 2, inc. 5). Todas las prácticas antes mencionadas: la “tortura u otros tratos inhumanos” (art. 8, párr. 2, inc. a. ii), “las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura” (art. 8, párr. 2, inc. c.i [en un conflicto no

¹⁶ O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 175.

¹⁷ *Ibid.*, p. 175.

internacional]), “infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud” (art. 8, párr. 2, inc. a. iii) e incluso “ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes” (art. 8, párr. 2, inc. b. xxi [en un conflicto internacional], inc. c. ii) [en cuanto conflicto no internacional]) son reconocidas por el Estatuto como crímenes de guerra. La violencia sexual está reconocida tanto como delito contra la humanidad como crimen de guerra, según el contexto material de su comisión (art. 7, párr. 2, inc. g y art. 8, párr. 2, inc. b. xxii).

Conclusión

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es rico en garantías jurídicas para ayudar a las personas, víctimas y familiares de aquellos que sufren transgresiones a su derecho a la integridad personal. Dichas garantías internacionales están presentadas en una forma coherente, concisa y comprensible a la mayoría de los ciudadanos del mundo. Aunque en algunos instrumentos internacionales se encuentran pequeñas omisiones jurídicas que vulneran el objeto central de la protección internacional, dichas omisiones han venido subsanándose no sólo por medio de diferentes interpretaciones jurisprudenciales por parte de los órganos encargados de la garantía de los Derechos Humanos, sino también por la aparición de nuevos instrumentos que han permitido ampliar el marco de protección internacional que requiere uno de los más importantes derechos de la humanidad: el derecho a la integridad personal.

El marco jurídico ofrecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido planteado y desarrollado sobre las premisas de que las vulneraciones al derecho a la integridad personal son una ofensa grave no sólo para la víctima, sino para la humanidad en general, y que también, y desde tiempos inmemorables, los tormentos, las torturas y las agresiones físicas y psicológicas hacen parte de los mecanismos utilizados por guerreros, grupos opresores e incluso por autoridades como medio de control y sanción a los delincuentes y a los disidentes sociales, sin olvidar, claro está, que estas conductas de igual forma han representado métodos de humillación de los enemigos por medio de manifestaciones de extrema crueldad, que en muchas ocasiones son simplemente empleadas para demostrar su dominación o poder.

Por lo anterior, es imperioso que tanto víctimas, operadores de justicia, académicos y demás integrantes del género humano, conozcamos eficazmente los avances y garantías que el Derecho Internacional presenta para combatir las diferentes manifestaciones que atentan contra el Derecho a la Integridad Personal, y es necesario conocer dichos avances y garantías, no sólo para aplicarlas a nivel local en los casos que podamos asesorar o patrocinar, sino también para crear una estrategia más general de prevención, ya que no está de más recordar que los tratados de derechos humanos en general, y de tortura en particular, hacen parte del Derecho nacional (Bloque de Constitucionalidad) en la mayoría de los Estados americanos.

Bibliografía

- AFANADOR, María Isabel, "El Derecho a la integridad personal-Elementos para su Análisis", en *Reflexión Política*, 8, 2002.
- ALSTON, Philip, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights*, Washington, United Nation Center of Human Rights, 1982.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades*, Washington D.C.: CIDH, 1990.
- HUERTAS DIAZ, Omar, *et al.*, *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y Jurisprudencia-1980-2005*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2005.
- MADRID-MALO, Mario, *Diccionario básico de términos jurídicos*, Bogotá, Legis, 1990.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.
- REYES, Alejandra, *El Derecho a la Integridad*, Bogotá D.C, Defensoría del Pueblo, Red de Promotores de Derechos Humanos, 2001.

RODRÍGUEZ, Diego, *et al.*, *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, American University, 1999.

SÁNCHEZ, Ricardo y Luis Fernando MALDONADO, *Escritos para el estudio de los Derechos Humanos*, Bogotá D.C., Defensoría del Pueblo, 2000.

2. El Poder Constituyente originario como forma de poder político

Sergio Raúl Castaño*

* Doctor de la Universidad de Buenos Aires, Investigador del CONICET; profesor titular de "Teoría Política" (Fac. de Derecho U. FASTA – sede Bariloche).

Proemio sobre la relevancia y el estado de la cuestión

La doctrina del Poder Constituyente originario del pueblo es, por muchas razones, la carta fundacional del Estado democrático parlamentario vigente desde hace más de dos siglos en Occidente —y, hoy, en gran parte del mundo—. Se trata de un paradigma del pensamiento político con fuertes raíces en la filosofía de la Ilustración y en la cultura del mundo burgués del siglo XVIII. Nació, en buena medida, como una respuesta a la pretensión absolutista de los monarcas, pero acabó por imponerse paulatinamente en la *praxis* política europea y americana, y ha llegado a representar, en nuestros días, una tesis universalmente aceptada, si la tomamos en sus grandes líneas y en su formulación teórica.

Con todo, ese paradigma ha sufrido múltiples cuestionamientos que en muchas oportunidades han coincidido con crisis políticas, guerras y revoluciones. Ahora bien, cabe señalar que, por un lado, esos cuestionamientos no impugnaron *in toto* la tesis del Poder Constituyente del pueblo (o de la “nación”, o de la comunidad), sino que propusieron modulaciones (p. ej., el Poder Constituyente no es un verdadero poder social,

sino consenso dispositivo) o señalaron inconsecuencias en el nivel de la operatividad que terminaba teniendo en la *praxis* política concreta (p. ej., la neutralización de la democracia por la representación). En efecto, el núcleo del paradigma ha sobrevivido tanto a sus cuestionamientos teóricos como a sus vicisitudes prácticas, y constituye el fundamento de legitimidad por excelencia del Estado democrático-parlamentario, o Estado de derecho (*Rechtsstaat*).

Por otra parte, la formulación dieciochesca de la doctrina del Poder Constituyente arraiga y entronca en concepciones que exceden lo meramente político-jurídico, a punto tal que las críticas que se le han dirigido han terminado enderezándose contra sus fundamentos ontológico-axiológicos mismos.

Precisamente, el aspecto —para nosotros— más sugestivo del tema, es el hecho de que los principales críticos de este paradigma lo han sido, ante todo, de su formulación liberal-normativista y de sus correspondientes fundamentos racionalistas, mas no del meollo de la tesis. Y esto puede decirse de todo, o por lo menos de lo más importante, del arco crítico, desde la escolástica aristotélica hasta el pensamiento posmoderno. Este acuerdo de fondo, unido —como se ha dicho— a la relación entre los cuestionamientos teóricos de la tesis y las vicisitudes históricas de la vida política en los últimos siglos, vuelven científicamente relevante dirigir una mirada crítica a los fundamentos de esta cuestión, por lo menos tal cual ha sido presentada clásicamente.

En la presente aportación, localizaremos la atención en el concepto de Constitución para, desde allí, intentar

echar luz sobre la realidad y la verdadera naturaleza y operatividad del Poder Constituyente comunitario. La tarea de establecer en qué sentido pueda hablarse, legítimamente, de Poder Constituyente, nos llevará a poner en tela de juicio algunos lugares comunes del discurso constitucionalista clásico.

A. Una dilucidación previa: la naturaleza de la cuestión

El Poder Constituyente de la comunidad es la auténtica clave de bóveda para comprender la vinculación entre Estado, poder y derecho. Ello ha dado lugar a que el iuspublicista contemporáneo E. N. W. Böckenförde, la llame “concepto límite” del derecho constitucional.¹

Con todo, la cuestión del Poder Constituyente, lanzada —con ese nombre— al ruedo de los grandes temas del orden político y jurídico en tiempos de la Revolución Francesa, dista de estar dilucidada. No se trata de que no haya sido objeto de numerosos y también

¹ La expresión forma parte del título de su obra, uno de los principales estudios recientes dedicados a nuestro tema. Dentro de la doctrina alemana contemporánea ya Wilhelm Henke había afirmado la pertenencia de la noción de Poder Constituyente al campo de estudio del derecho constitucional [Henke, (1968): 71] y su juicio aparece mencionado por Böckenförde en abono de su propia posición [Böckenförde (1986): 8]. Con todo, más tarde Henke criticó la afirmación de la raigambre jurídica del concepto [Henke (1994): 172]; en este temperamento hallamos también a Josef Isensee [Isensee (1995): 79-80]. Como veremos, la opción epistemológica de incluir al Poder Constituyente dentro del objeto de estudio del derecho constitucional puede ser válida sólo en tanto y en cuanto ello no implique la pretensión de encerrar la realidad de esta especie de *poder político* dentro de categorías exclusivamente jurídico-positivas.

calificados estudios;² sino de que, sin duda alguna, la determinación misma del sentido de los términos de la locución, en particular de uno de ellos, ofrece espinosas aristas y no puede ser aceptado unívocamente. Nos referimos al término “Constitución”.

a. Un equívoco a despejar

En ese origen histórico de la respectiva locución yace, precisamente, un escollo importante en el tratamiento del tema, toda vez que el estudio de la Constitución ha quedado prácticamente monopolizado por la corriente teórica denominada “constitucionalismo”, dentro de la cual, en tiempos de la Revolución Francesa, cobró especial relevancia la cuestión del Poder Constituyente (“Poder Constituyente del pueblo o de la nación”). El constitucionalismo, sobre todo en aquella época fundacional, rezumaba una fuerte impronta racionalista. Ella, en el plano de la ontología del Estado,³ ha tenido como uno de sus ejes una explícita o implícita absorción de la realidad social y política por la arquitectura —en Kelsen ya será directamente geometría— de la norma constitucional, abstracta y rígidamente moldeada según las valoraciones de la ideología liberal y burguesa [Heller (1995): *passim*]. El constitucionalismo pasó a ser la doctrina oficial legitimante de las dos grandes revoluciones que habían pretendido fundar un “*novus ordo seculorum*”, la norteamericana y la francesa. El tema del Poder Constituyente quedó,

² Al respecto, merece ser citado el exhaustivo y agudo análisis crítico del concepto de Poder Constituyente llevado a cabo por Pietro Giuseppe Grasso [Grasso (1985): 642 y ss.].

³ Utilizaremos el término “Estado” en su sentido amplio, como sinónimo de “sociedad política”.

pues, fuertemente asociado a tales presupuestos ideológicos e históricos, y teóricamente absorbido por la dogmática constitucionalista del constitucionalismo, signada por la reducción de todas las esferas sociales a la de la norma, entendida en clave racionalista. De allí que cuestiones que atañen tan esencialmente a los fundamentos del orden político, como la Constitución y el Poder Constituyente, hayan sido tradicionalmente enfocadas desde una perspectiva exclusivamente jurídica por los especialistas en derecho constitucional (adscritos, en mayor o menor medida, al constitucionalismo clásico), mientras que pocos han sido los filósofos políticos y teóricos del Estado (animados, en tanto tales, de la intención de bucear hasta los fundamentos y trascender el plano jurídico-positivo) que se han ocupado de ellas buscando no retacear nada de su rica comprensión política. La primera mitad del siglo pasado conoció a algunos de esos pocos: Carl Schmitt, Hermann Heller, Rudolf Smend, Maurice Hauriou, Manuel García-Pelayo y Arturo E. Sampay.

Esa apropiación de la Constitución como objeto teórico por parte del constitucionalismo se echa de ver hoy tanto como ayer. Así, por poner un ejemplo, Néstor P. Sagüés comienza su *Teoría de la Constitución* con una extensa caracterización del constitucionalismo, es decir, que el tema de la obra aparece como subsidiario de una determinada concepción teórica; es como si la realidad político-jurídica de la Constitución hubiese sido creada por el constitucionalismo [Sagüés (2001): cap. I]. Tal reducción de la perspectiva de abordaje afecta también, por lógica consecuencia, a nuestro tema específico. En su clásico trabajo sobre “El Poder Constituyente”, Nicolás Pérez Serrano identifica su objeto de estudio con el “Poder Extraordinario

llamado a dictar *ex novo* o por reforma una Constitución moderna, democrática, escrita y rígida, siguiendo la pauta francesa” (subr. original) [Pérez Serrano (1984): t. 1, 260]. Si se aceptan parámetros como éstos a pie juntillas, la República Romana o el Imperio Británico —por sólo poner dos ejemplos— no habrían tenido una Constitución político-jurídica ni un Poder Constituyente dignos de estudio.

A propósito de lo que venimos diciendo, una advertencia de Genaro Carrió puede sernos útil, por lo menos a los efectos de no incurrir en el error de pretender encajar la realidad del Poder Constituyente dentro de parámetros juristicistas. En efecto, en su ensayo *Sobre los límites externos del lenguaje normativo*, Carrió plantea, como situación hipotética: la de un grupo de conspiradores que acude a un jurista para que les elabore un dictamen sobre si de acuerdo al derecho vigente en ese país, poseen atribuciones para derrocar al gobierno y para reformar la Constitución. Es decir, quieren saber si tienen competencias para tales acciones revolucionarias. Al jurista interrogado la pregunta le resulta absurda; pero, cuando quiere fundar con *auctoritates* su dictamen, se da cuenta de que, a la hora de caracterizar al Poder Constituyente —cuestión que se halla a la base del planteo de los conspiradores—, los constitucionalistas se encuentran en aprietos o incurren en contradicciones, cuando no en expresiones cómicas (que el espíritu analítico de Carrió se regocija en resaltar). Precisamente, por tal adscripción filosófica de Carrió, no seguiremos al autor citado en su espontánea distancia crítica respecto de cualquier noción que trasunte connotaciones metafísicas. Pero no podemos dejar de coincidir con el siguiente juicio:

El concepto de competencia funciona informativamente *dentro* de un orden normativo cuya existencia es presunta al afirmar que alguien tiene una competencia [...] Toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas que al conferir la competencia excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia. La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total [Carrió (2001): 49].

De la noción de poder o autoridad social ya nos hemos ocupado en uno de nuestros libros [Castaño (2003): cap. V]. Ahora, pues, intentemos aproximarnos al concepto de Constitución con una amplitud de criterios que exceda los límites del derecho constitucional, más precisamente de una de las doctrinas vigentes dentro del derecho constitucional.

b. La definición nominal (I): el término “Constitución”

El Diccionario de la Real Academia Española, en su edición 22^a. (2001), nos da las siguientes acepciones principales del término: “acción y efecto de constituir; esencia y cualidades de una cosa, que la constituyen como es y la diferencian de las demás”. Como veremos, estas ideas resultarán pertinentes a la hora de perfilar la noción que nos ocupa. Para hacer una breve introducción etimológica en la definición nominal utilizaremos el erudito y profundo trabajo de Arturo E. Sampay [Sampay (1974): *passim*].

El griego *politía* significaba, fundamentalmente, la calidad de ciudadano, y también la unidad corporativa del total de los ciudadanos. El nombre se trasladó del

todo a la parte informante del todo, y de allí que se llamara *politéia* a la estructura socio-jurídica de la *pólis*. La Constitución óptima, o régimen mixto, recibió el mismo nombre del género, y se llamó, asimismo, *politéia*.

El término *politéia* fue vertido al latín por Cicerón por *constitutio*, forma sustantiva abstracta de *constitutus*, derivado de *constituere*. En el derecho romano clásico, *constituere* (de *cum statuere*) significará la resolución conjunta (fijación de fecha y lugar para la realización de un acto). En tiempos de Gayo y Ulpiano —ss. II- III d. C.— apareció el término dentro de la locución *Constitutio principis*, disposición que el emperador establecía por decreto, edicto o epístola. En el Digesto Justiniano, “*constitutio*” expresa un precepto que adquiere vigencia por la sola voluntad del príncipe. Este uso, reservado a las leyes importantes, pervivió durante la Edad Media y la época posterior del absolutismo (p. ej., las “Constituciones de Clarendon” de Enrique II, que delimitaban las jurisdicciones de los poderes temporal y espiritual). Pero el cuerpo de Leyes Fundamentales que daban los monarcas, con la participación de los súbditos, para organizar a la comunidad o a ciudades libres recibían el nombre de estatutos o cartas (así, la Magna Carta de Inglaterra, en 1215).

Efectivamente, el sentido que Cicerón dio a *constitutio* no se difundió durante los siglos siguientes para denominar la estructura jurídico-política de la comunidad, presumiblemente por hallarse perdido *De re publica*, en que lo estampó, hasta su redescubrimiento en 1822. Para denominar a la *politéia* griega, la Edad Media adoptó el helenismo *politia* (lo utilizan Alberto, Tomás, Bartolo de Sassoferato). Los tratadistas españoles, por su parte, castellanizaron el término y se

refirieron como “policía” al régimen político. Los franceses, por su parte, adoptaron *police*.

Fue Bossuet quien reflató el uso del término “Constitución” con sentido jurídico-político. “La buena Constitución del cuerpo del Estado, escribió, consiste en dos cosas: en la religión y en la justicia. Estos son los principios interiores y constitutivos de los Estados”. Montesquieu, por su parte, utilizó “Constitución” para designar a la complejión tradicional e histórica de la comunidad. Finalmente, el término aparece en el s. XVIII con el pleno sentido que hoy le conocemos, gracias a su introducción por Emer de Vattel: la Constitución es el “reglamento fundamental que determina la forma en que la autoridad pública debe ser ejercida”. Mediante ella “la Nación obra en calidad de cuerpo político; se ve cómo y por quién el pueblo debe ser gobernado, cuáles son los derechos y los deberes de los que gobiernan” (*Le droit des gens*, 1758). De Vattel afirma que el derecho de darse una Constitución pertenece a la nación misma, y distingue ya entre Poder Constituyente y poder constituido, comenta Sampay. A partir de entonces, el término toma carta de ciudadanía, y comienza a ser usado en las colonias americanas en vías de independización de Inglaterra.

c. La definición nominal (II): La Constitución en la perspectiva de tres corrientes fundacionales

i) La tipología de García-Pelayo

Manuel García-Pelayo, en su obra maestra *Derecho constitucional comparado*, ha trazado una clásica tipología de las tres grandes perspectivas doctrinales que se

ocuparon del concepto de Constitución en la época de las revoluciones europeas y americanas [García-Pelayo (1993): 33-53]. El planteamiento doctrinal de estos tres enfoques nos servirá para detectar los rasgos más importantes de la realidad de la Constitución, y nos preparará para alcanzar la definición real de su concepto, cuya analogicidad adivinamos desde ya.

a) Tipo racional-normativo: la Constitución es un sistema de normas, erigido de una sola vez y en el que se establecen total y exhaustivamente las funciones del Estado y las relaciones y competencias de los diversos órganos. Parte de la creencia en la posibilidad de subsumir todos los casos particulares en un esquema general abstracto, pero entendiendo tal generalidad con la particular impostación del racionalismo iluminista, es decir, la reducción de todo caso concreto a un mismo módulo explicativo, racionalmente construible. Nos las habemos con la aplicación del concepto de ley con que opera el liberalismo en su intento de planificación *a priori* de todo acontecer social. Ya no se trata de que la Constitución jurídica exprese un determinado orden, sino de que el orden es creado por ella. La razón iluminista disuelve la tradición, la revelación, la concreción histórica, y luego reconstruye la realidad desde la razón misma.

Esto se traduce, en el campo político, en la licuación de los poderes e instituciones sociales, que deben su existencia y fines a las normas en las cuales se disuelven. Vale la pena reiterarlo: es la carta la que confiere existencia a los poderes sociales y políticos. De allí que la soberanía ya no radique en personas o cuerpos sociales, sino en el sistema normativo. Dice el autor acudiendo a una figura de explícitas reminiscencias bíblicas:

Todo este normativismo puede estar más o menos neutralizado por ciertos elementos voluntaristas referidos a un Poder Constituyente, mas en cualquier caso el concepto racional normativo supone una especie de deificación de la Constitución, ya que por ella los reyes reinan, los parlamentos legislan, los gobiernos gobiernan y las leyes rigen (p. 36).

La ecuación Estado = Constitución (normativa), al eliminar todo elemento voluntario o histórico-particular consume el proceso de despersonalización y objetivación de la vida política.

Late en este planteo la pretensión de sujetar la voluntad de los poderes públicos a lo establecido por ley, como modo de eliminar toda arbitrariedad estatal; por lo mismo, le es inherente una jerarquización de las normas de acuerdo con sus diversas fuentes: asamblea constituyente, parlamento y gobierno. Ahora bien, García-Pelayo se encarga de resaltar hasta qué punto la absoluta seguridad jurídica resultaba *conditio sine qua non* para la expansión capitalista y el encumbramiento económico de la clase social que a tal expansión se hallaba unida, vgr., la burguesía. La soberana debía ser la razón, y la burguesía era portadora de la razón, decían los doctrinarios decimonónicos. El modelo racional-normativo, pues, dista de ser "neutral". Y no sólo respecto de su estructura formal, sino también respecto de su contenido. Pues sólo será Constitución aquella que asegure los fines programáticos del liberalismo, vgr., aquella que disponga la separación de los poderes y la garantía de los derechos individuales ("modernos"). Su expresión, además, deberá ser jurídica y escrita. Si no se cumplen estos requisitos, el Estado carece de Constitución.

Dado que todo poder constituido deriva su existencia de la norma, también es inherente al modelo la necesidad de postular un Poder Constituyente originario creador de la Constitución. Queda, así, introducido el momento voluntarista dentro del esquema racionalista. Pero, como veremos *infra*, no con el sentido de un poder en auténtico estado de naturaleza, constituyente *ad utrumlibet*, pues el fin de los representantes del *pouvoir constituant* es asegurar los derechos individuales del liberalismo. He aquí la carta fundacional del Estado de derecho liberal-burgués.

b) Tipo histórico-tradicional: frente al racionalismo revolucionario, algunas corrientes historicistas que se fueron afirmando desde Burke en adelante esgrimen una concepción sintetizable en el *dictum* de Schlegel: "*Die Welt ist kein System, sondern eine Geschichte*". Ahora bien, la Historia es el reino de lo singular, irrepetible y concreto; en tanto tal, irreductible a los esquemas uniformadores del racionalismo. Este acento puesto en el carácter políticamente constituyente de la tradición no conlleva, de suyo, presupuestos reaccionarios. Más sí abona la tesis de que la constitución de un pueblo no es un sistema producido por la razón, sino el resultado de una lenta transformación, jalonada por una multiplicidad de actos políticos atentos a circunstancias particulares, y traducida en la costumbre. Por ello, así como cada pueblo posee una personalidad históricamente moldeada que ostenta rasgos únicos e irrepetibles, de igual modo su Constitución responderá necesariamente a tal perfil intransferible. Además, jamás podrá ser elaborada por un acto único y total, sino que se irá plasmando en el decurso de la Historia. García-Pelayo distingue, dentro de esta corriente, una posición más radical, conservadora, ejemplificada cabalmente

por Edmund Burke, para quien la constitución es una herencia legada por los antepasados y que debe ser transmitida a las generaciones venideras. Su autoridad no deriva de ningún derecho anterior, sino que basa su legitimidad en que ha existido desde tiempo inmemorial: el título en el que se funda es la prescripción. Si un Estado ha existido y florecido bajo un determinado régimen, ello comporta una presunción en favor de tal régimen. La segunda posición dentro de esta corriente la ejemplifica el autor con los llamados liberales doctrinarios franceses, o con Wilhelm von Humboldt. Para éste, la Constitución parte de un germen de vida contenido en el tiempo, que debe desarrollarse a partir de los esfuerzos de la razón por sacar el mejor partido de las circunstancias dadas. La razón no crea, pero sí transforma.

Según esta perspectiva, resulta obvio que la Constitución no necesitará hallarse escrita, así como que la costumbre tendrá una incidencia decisiva en la vida política y jurídica. Como decía de Maistre, “las Leyes Fundamentales escritas no son jamás sino títulos declaratorios de derechos anteriores, de los que no se puede decir sino que ‘existen’”; los mismos legisladores señalados por la Providencia “no hacen más que reunir los elementos preexistentes en las costumbres y en el carácter de los pueblos”. En consecuencia, la ley no crea la Constitución (política), sino que es su expresión. Ella, plásticamente considerada, consiste en buena medida en un conjunto de convenciones que adaptan la antigua estructura a nuevas situaciones.

En el plano jurídico-constitucional, este concepto histórico-tradicional desconoce la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias, toda vez que la

historia sólo contiene sucesos singulares a los que se deberá atender sin sujeción a esquemas rígidos, implementados en el pasado para enfrentar situaciones irrepetibles. No hay tampoco Constitución formal, en el sentido de ciertas normas que requieran de procedimientos especiales para su creación o reforma. Así, hasta el día de hoy, el Parlamento británico puede legislar sobre materia constitucional en cualquier momento. Como dice Jennings, “no existe derecho constitucional en Gran Bretaña; sólo existe el poder arbitrario del Parlamento”. Aquí no hay lugar para la despersonalización del poder soberano dentro del Estado que constatábamos en el modelo racionalista.

c) Tipo sociológico: se trata de la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Por “sociologismo” García-Pelayo entiende “una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa o extensa relativiza la política, el Derecho y la cultura a situaciones sociales”. Dados los puntos de contacto que puede presentar esta concepción con la histórico-tradicional, el autor la precisa con las siguientes notas: la Constitución es una forma de ser, y no de deber ser; pero, asimismo, no es resultado del pasado, sino de las estructuras sociales del presente (que para muchos, inclusive, se limitan a las relaciones de producción económica); la sociedad tiene una legalidad inmanente, irreductible a toda normatividad trascendente a ella; por último, si la concepción racional acentúa el momento de la validez, y el histórico el de la legitimidad, el sociológico lo hace con el de la vigencia.

Ejemplos de esta concepción se hallan en Sismondi: Constitución es “la manera de existir de una sociedad,

de un pueblo o de una nación”. Por ello “no podría haber ningún Estado sin Constitución, sin algún modo de existir”; decía también que “nada indica un espíritu más superficial y más falso, al mismo tiempo, que la empresa de transplantar la Constitución de un país a otro, o de dar una nueva Constitución a un pueblo, no según su genio o su propia historia, sino según algunas reglas generales”. Ahora bien, es claro que el concepto preciso de Constitución que se proponga variará al tenor de las diversas concepciones sociales. Con todo, sean ellas cuales fueren, esta corriente siempre afirmará que la estructura política real de un pueblo es expresión de su infraestructura social, y que si las normas pretenden tener vigencia no deberán jamás perder de vista la estrecha relación entre el orden jurídico y la concreta situación de los actores sociales. En este sentido, la corriente sociológica asume dos direcciones típicas. O bien la Constitución es una simple sistematización jurídica de los poderes fácticos: “es la suma de los factores reales de poder que rigen un país [...] se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita [y con ello] se han erigido en Derecho” (Lassalle); o es el resultado de un conjunto de circunstancias ambientales de diverso orden: ¿Qué es una Constitución? [...] Dadas la población, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, encontrar las leyes que le convienen” (de Maistre, “a medio camino entre Montesquieu y el positivismo”, dice García-Pelayo).

Un rasgo típico de esta concepción consiste en la distinción —que ha tenido una gran vigencia teórica— entre Constitución social (“real”) y Constitución jurídica (“formal”). También para ella, como para la pers-

pectiva histórico-tradicional, la soberanía en el Estado no puede despersonalizarse, pues se encarna en poderes sociales realmente existentes. Por tal razón, es inherente a la concepción sociológica la tendencia a registrar distinciones estamentales y económicas (caso de la participación censataria, o de la limitación del sufragio a la clase proletaria en las primeras constituciones soviéticas), así como a reflejar, en el seno mismo de la norma constitucional, la concreta conformación de la sociedad (caso de la representación en el senado en la Constitución española de 1876). Como se echa de ver, en esta concepción —si bien con no desdeñables matices diferenciadores— abrevaron tanto el pensamiento conservador cuanto el socialista, unidos en su crítica al abstractismo y a las ficciones del modelo racionalista liberal-burgués.

ii) Síntesis crítica

La tipología de García-Pelayo resulta de indiscutible interés, tanto en la detección de los rasgos fundamentales de cada corriente cuanto en la objetiva y ponderada puntualización de los defectos y reduccionismos de alguna de ellas, en particular de la liberal-racionalista. Con todo, cabe intentar por nuestra cuenta una breve crítica que recoja los aciertos doctrinales de cada una de las visiones espigadas, liberándolas de sus afirmaciones sesgadas, crítica que, en la segunda parte de esta ponencia, nos permitirá integrar esos elementos positivos en un concepto —con pretensión de objetivo— que abarque la pluriforme realidad de la Constitución jurídico-política. En efecto, el propio García Pelayo, al introducir su tipología, deja en claro que las diversas corrientes espirituales del s. XIX aparecen como momentos integrantes de cada uno de los tres

conceptos de Constitución. Es decir que, cualquiera que sea el contenido de verdad que lleguemos a descubrir en ellos, no puede ser la respuesta a la pregunta por la definición real de Constitución, pues, en mayor o menor medida, se hallan signadas por sus presupuestos filosóficos —o ideológicos—, y condicionadas por su circunstancia epocal. Y esto vale, en particular, para las perspectivas liberal y sociológica.

Comencemos, por así decir, con la criba más gruesa. Si, aceptando el bosquejo de García-Pelayo —y teniendo en cuenta todo lo desarrollado hasta aquí acerca de la realidad de la sociedad política— debiéramos responder cuál de las corrientes presentadas incurre en un más acentuado reduccionismo, seguramente habría que señalar a la racional-normativa. En tanto todo reduccionismo pretende erigir la parte en el todo, resulta lícito también considerar tal concepción como la más falsa. Dejando de lado numerosas observaciones certeras de García-Pelayo, centrémonos en los aspectos más fundamentales de los presupuestos de este modelo, es decir, en aquéllos de raigambre ontológica.

Lo primero digno de ser remarcado gira alrededor de la idea de que la Constitución (jurídico-normativa) no expresa un orden, sino que es creadora del orden (social), así como de los poderes vigentes en la sociedad. Semejante concepción trastoca radicalmente la secuencia ontológica del orden político, pues afirma como fundante lo que es últimamente fundado: la norma. En efecto, ella es producida, tutelada y aplicada por los órganos de conducción de una sociedad que existe en vista de un fin común político (completo y concreto). Así como la Constitución no da vida a los poderes vigentes que se hacen cargo de la conducción social

y política, tanto menos origina a la sociedad cuyo orden intrínseco expresa. Anticipándose a la teoría pura del Derecho de Kelsen, y coincidiendo ya con la metafísica subjetivo-trascendental de Kant, el modelo iluminista postula la prioridad —en último análisis, ontológica— del esquema de interpretación (aquí, normativo) sobre el dato de la realidad (en este caso, social, y concretamente finalista) [Castaño (2003): cap. VI].

Pero el presupuesto ontológico fundamental que subyace al modelo racionalista lo provee el iusnaturalismo moderno, de explícita inspiración individualista. Su afirmación central consiste en explicar el todo social y su fin común a partir de la mera yuxtaposición de partes. Podría preguntarse en qué afecta este error ontológico al plano jurídico mismo. La respuesta nos la da la estructura de las constituciones modernas (sobre todo —pero no exclusivamente—, las de “primera generación”); en ellas ocupa un lugar de privilegio la parte llamada “dogmática”, es decir, la parte (esencial) de las cartas en que se encuentran los derechos y garantías de los particulares —derechos y garantías entendidos en clave liberal-burguesa, para decirlo con Schmitt—. La Constitución es, así, la garantía de los derechos de un conjunto de individuos resueltos a agruparse con el exclusivo fin de perseguir sus metas particulares sin estorbos. Por ello, la norma es vista como un trabajo de agrimensura —el legislador como “*agrimensor*”, en la feliz metáfora de Hauriou [Hauriou (1968): 37],⁴ que

⁴ Dice allí el maestro Hauriou: “Las definiciones revolucionarias hacen aparecer nítidamente este carácter: ‘el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos, límites que no pueden ser determinados sino por la ley’ (Declaración de los Derechos, art. 4). De ese modo, la

delimita el ámbito dentro del cual cada individuo es libre de actuar como le plazca sin la interferencia de los demás —y del Estado (concepto de “libertad negativa”, piedra de toque del liberalismo)—. La norma, planificando la coacción, concilia los intereses de un mero agregado de individuos forzados a vivir juntos a causa de la imposibilidad de protegerse a sí mismos. En sentido estricto, ya no existe un bien común participable, sino una sumatoria de derechos individuales. Ahora bien, la pretensión individualista, como ya hemos expuesto [Castaño (2000): cap. V] se muestra no sólo incapaz de establecer el recto orden, sino incluso de explicar la existencia misma de una sociedad.

Estas dos objeciones de fondo, precisamente por referirse a los fundamentos, no empecen el reconocimiento de una serie de formulaciones jurídico-políticas no impugnables *in limine*. Con ello estamos significando que, aunque derivadas de principios cosmovisionales que no podrían aceptarse acriticamente, con todo, ciertas concreciones institucionales del modelo racionalista no carecen de legitimidad, aunque más no sea para la particular situación epocal en que fueron planteadas (es decir, ante el colapso del pluralismo social medioeval). Entre ellas podemos contar la exigencia de que la Constitución esté escrita, de modo de darle cierta fijeza, así como asequibilidad general (si bien su concentración en una única norma ya trasunta el *pondus*

función del legislador es la de un *agrimensor* que coloca lindes entre los campos de actividades: las leyes orgánicas de las libertades individuales, la ley sobre la prensa, la ley sobre las asociaciones, las leyes sobre la libertad de enseñanza, todas las leyes civiles sobre la libertad de los contratos o sobre el libre uso de la propiedad individual, aun en aquellas que entre sus disposiciones (*sic*), que parecen constructivas no son en realidad sino lindes y límites”.

centrípeto del racionalismo). Tampoco resulta de suyo impugnabile la organización del poder según el esquema de la “división de poderes”, sucedáneo mecanicista de la concepción orgánico-finalista del orden político tradicional. Por su parte, las declaraciones de derechos también expresan un intento de rescate de algunos valores humanos de la ley natural, —en clave individualista, como se ha dicho, lo cual implica pasar por alto la prioridad del bien común político—. Por último, creemos debe justipreciarse el valor axial que el modelo iluminista concede al orden normativo. En efecto, aunque deformada por el constructivismo inherente al racionalismo, la afirmación del valor central de la norma no deja de poner de manifiesto la presencia de un elemento que, objetivamente, hace a la integridad del orden político en tanto tal. En esa línea —y frente las afirmaciones sociologistas que anonadan el valor de lo normativo ante la pura vigencia fáctica de los intereses sociales en pugna— cabe resaltar el papel absolutamente necesario del orden normativo, orden irreductible a los otros elementos de la “secuencia ontológica” de fundamentación sobre el que hemos insistido: fin común convocante-sociedad-autoridad-ordenamiento jurídico positivo [Castaño (2003): cap. VI]. La impugnación del normativismo racionalista, pues, dista de ser una impugnación del valor ineludible del orden normativo. De allí el carácter de principio de legitimidad (secundario) que asume la Constitución, como régimen político tradicionalmente consensuado por la comunidad; de allí la objetiva valiosidad del respeto a las instituciones jurídicas y sociales; así como, en general, el peraltado valor político del imperio de la ley, tan asiduamente defendido por Aristóteles: “conviene que gobierne la ley, y no el hombre” [Castaño (2003 bis): cap. I].

La crítica al modelo liberal-burgués nos abre el camino para sopesar el valor de verdad y el sentido general de las otras dos posiciones. El constitucionalismo clásico identificó la Constitución con una norma abstracta. Semejante reduccionismo debe ser cabalmente entendido; no se trata —volvemos sobre la cuestión— de afirmar la presencia de alguna clase de Norma Fundamental en el Estado, ni la necesidad deóntica de que tal norma revista ciertas propiedades (escrita, garante de derechos individuales y sancionadora de la división de poderes), sino de identificar toda la densa comprensión *humana y social* del concepto “Constitución” con la Norma Fundamental. Es decir, de reducir la totalidad política a la norma —escrita y formalmente establecida— que la rige. La cuestión constitucional fue instalada teóricamente por el constitucionalismo (o reinstalada con papel protagonista, si pensamos en que el tema no había sido ajeno a la filosofía política occidental desde Aristóteles). Pero las sucesivas corrientes que se hicieron cargo de la cuestión tomaron distancia del reduccionismo racionalista y se ocuparon —incluso, reactivamente— de poner de manifiesto otros aspectos de insoslayable importancia de la realidad política. Algunos de esos aspectos revisten el carácter de propiedades, como la historicidad de la vida humana y política; otros, el de causas, como las circunstancias ambientales, o la textura idiosincrásica, o los poderes sociales vigentes. Todos esos aspectos se integran decisivamente, como veremos, en el concepto de Constitución; cabría decir, incluso, que los elementos de la realidad política puestos de manifiesto por las posiciones historicista o sociologista se acercan más a un concepto plenario de Constitución Política que la acepción juricista del racionalismo liberal. La historicista

insiste en que la Constitución jurídica se explica y se legitima a partir del talante idiosincrásico de la comunidad, en que la tradición política juega un papel decisivo. La sociologista —aunque demasiado permeada, en su versión lassalleana, por el empirismo y el positivismo— resalta la concreta base social (intereses grupales, fuerzas económicas, ideas aceptadas, etc.) a partir de la cual la Constitución jurídica se establece, se interpreta, se cumple o se incumple. Ambas corrientes ponen sobre el tapete de la consideración doctrinal el tema de la Constitución real (la totalidad social con sus usos, tradiciones, fuerzas e interésese actuantes) y material (la normatividad no formalmente establecida, pero no por ello menos políticamente vigente). Parece haber, pues, varias acepciones de “Constitución” referidas al ámbito político-jurídico.

Trataremos de distinguirlas, inspirándonos en la tarea de dos grandes teóricos del Estado del s. XX, Carl Schmitt y Hermann Heller [Schmitt (1993): 3 y ss] y Hermann Heller [Heller (1983): 305 y ss.].⁵

d. Hacia una definición real de Constitución. La comprensión política del concepto

Carl Schmitt comienza su obra con una caracterización del concepto de Constitución, concepto que, a su vez, el autor clasifica en cuatro diversas perspectivas teóricas: vgr., concepto “absoluto (la Constitución como todo unitario)”, “relativo (Constitución como mul-

⁵ La fértil iniciativa teórica de distinguir los diversos sentidos de “Constitución” fue también seguida, entre otros, por Josef Isensee [Isensee (1995): 58-67].

tipicidad de normas individuales)", "positivo (Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política)"; e "ideal (así llamada en un sentido especial, a causa de un determinado contenido)". Nos interesa en particular el primero de los conceptos. No seguiremos puntualmente la enumeración de sentidos que esa acepción "absoluta" incluye, sino que escogeremos los tres más relevantes aportados por Schmitt, y les sumaremos otras nociones estrechamente vinculadas. Si tratamos de poner en relación tal elenco con la valiosísima doctrina (casi póstuma) de Hermann Heller, observamos que las primeras ocho nociones de las diez que iremos espigando corresponderían, total o parcialmente, a lo que él denominó concepto sociológico de Constitución, mientras que las dos últimas se encuadran dentro de los por él llamados "conceptos jurídicos".

En lo que sigue no nos limitaremos a los análisis de ambos autores; y, además, nos atenderemos a nuestra propia denominación.

i) La Constitución como totalidad social

Sin duda es ésta la acepción que más se aproxima a un sentido plenario de constitución comunitaria. Schmitt la elenca en primer término, con citas de los griegos. En Aristóteles aparece una caracterización complexiva del concepto de Constitución, en la que lo jurídico-positivo resulta integrado dentro del orden total de la vida del Estado. Dice en la *Política*: "la Constitución es un cierto orden (*táxis*) instituido entre quienes habitan la ciudad". Ella expresa la concreta individualidad de cada comunidad política; como diría Sócrates, el "alma (*psyché*)" de la ciudad. Por lo mismo, también

“es una organización de las diversas magistraturas y, ante todo, de la que es soberana. En todas partes, en efecto, lo que es soberano es el gobierno de la ciudad; pero la Constitución es el gobierno” [Aristóteles (1992): 1274 b 38 y 1278 b 5].

ii) La Constitución como composición nacional, racial y religiosa

Si “Constitución” mienta —entre sus sentidos sociales fundamentales— “configuración” social, entonces aparece como evidente que el conjunto de estos elementos reviste un carácter constitutivo de primer orden.

Comencemos por las tradiciones nacionales, y tomemos el caso de Suiza. La Patria de un suizo es Suiza; su independencia fue conquistada en las postrimerías de la edad media tras heroicas luchas, y celosamente resguardada hasta hoy en medio de poderosos y belicosos vecinos. Con todo, la existencia del pueblo suizo no se comprendería sin su composición plurinacional y tri (o tetra) lingüística. Tampoco se comprende el surgimiento del Estado de Israel, así como la problemática que lo aqueja, interna y externamente, con repercusiones regionales y mundiales, sin atender a la fortísima componente nacional que anima la historia de los judíos. Componente nacional que incluye dimensiones raciales y religiosas, pero que no se reduce a ellas.

Por su parte, la manifestación ya directamente racial del factor nacional reviste una apreciable influencia social configuradora. Además, incide en la vida política y jurídica. El caso de América hispana es ilustrativo al respecto. En efecto, las Leyes de Indias, en orden a

regular el derecho de familia e impedir transgresiones como la poligamia, preveían recursos diversos según se tratase de españoles blancos o de indígenas. Tal legislación intentaba, con acendrado realismo prudencial, tutelar la conducta matrimonial de los súbditos atendiendo a sus diferentes costumbres y estadios de desarrollo civilizatorio, y morigeraba el rigor de la ley en los casos en que el infractor perteneciese a una etnia en la que el recto orden familiar fuera ajeno a sus usos.⁶ La historia política nos provee de ejemplos análogos, aunque de signo contrario. Tal es el caso de la patria de las constituciones modernas, los EUA, en donde los miembros de la raza negra se hallaron privados de sus derechos políticos hasta después de la Guerra de Secesión; y su reconocimiento motivó una reforma constitucional, v. g. una enmienda (la XVa.) —ratificada estadualmente, según el particular modo estadounidense, de evidente inspiración confederal— que estableció la prohibición de “denegar o limitar el derecho a voto de los ciudadanos por motivos de raza, color, o previa condición servil”. Vemos cómo el elemento racial, no sólo reviste inocultable importancia dentro de la llamada Constitución “real” o “social”, sino que, de un modo u otro, incide en el orden jurídico vigente.

Pareja incidencia alcanza el factor religioso. No pocas veces en la historia, él ha sido el vínculo integrador

⁶ Para J. Ma. Ots Capdequi, éste fue “uno de los aspectos más interesantes que ofrece la legislación de Indias en orden al derecho familiar”; y agrega: “El legislador español comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos” [Ots Capdequi (1943): t. II, 23].

o, por lo menos, cohesionante, que ha soldado Estados, regiones y clases. Es decir, ha tenido un papel constituyente decisivo. El caso de la Inglaterra moderna es sugerente. Dice Hilaire Belloc: “La unidad inglesa fue consolidada por la expulsión del catolicismo. El remanente de lo que había sido la antigua religión nacional se desmoronó después de 1688 [...] Inglaterra es la única de las grandes naciones modernas que ha disfrutado de completa unidad moral, debido a dos factores: la aristocracia y la exitosa extirpación de la fe católica”. La empresa de crear una religión propia del Estado inglés, capitaneada primero por la casa real y luego por la *gentry*, tenía, va de suyo, directas repercusiones político-jurídicas. Tales fueron, por ejemplo, las “leyes de prueba” —vigentes en la época de la *Glorious Revolution*—, que impedían desempeñar funciones civiles o militares y votar en el Parlamento a quienes no negaban la presencia real de Cristo en la Eucaristía; exigencia que se hizo extensiva a los monarcas que accedían al trono [Belloc (1980): 86 y 104].

iii) La Constitución como tradición política

A lo largo de nuestro libro *El Estado como realidad permanente*, hemos insistido en que la sociedad política comporta un cierre práctico, ante todo por la causalidad perfectiva del bien común político, y, además, porque tal fin implica el establecimiento por la propia comunidad de su orden, configurador de las relaciones sociales y jurídicas. Por esto último, se sella un estilo de la convivencia. Es obvio que tal estilo, o talante, posee un carácter diferenciador decisivo. Nosotros hemos afirmado que, desde el punto de vista de las causas eficientes, es la voluntad o consenso integrativo la que determina la existencia de la

sociedad, y no sólo el “si existe” sino el “qué (o cómo) exista”; es decir, el modo de la convivencia. Ahora bien, el pensamiento tradicionalista español ha puesto el acento en un factor de relevante importancia a la hora de explicar la cristalización de esa voluntad integrativa (inveterada y, en general, tácita): la tradición política. Dice Miguel Ayuso Torres, inspirándose en la doctrina del eminente Francisco Elías de Tejada: “La raíz última de lo que diferencia a unos grupos humanos de otros, y que tantas veces se ha buscado en la raza, la lengua, la cultura, el espíritu, los motivos psicológicos, sólo se encuentra para Elías de Tejada en una tradición de signo histórico” [Ayuso (1994): 227]; éste último caracteriza a la tradición como “el lazo que ata y une esas diferentes empresas o *leit* motivos de las distintas épocas históricas, dándoles trabazón a todas ellas” [Elías de Tejada (1942)]. Y Ayuso, dentro de la misma línea de pensamiento, comenta que “la raíz de un pueblo, su auténtica y natural intimidad, lo que le separa de los demás del globo, es su tradición” [Ayuso (1994): 231].

iv) La Constitución como orden de distribución territorial del poder (“formas de Estado”)

El tema de las llamadas formas de Estado reviste el mayor interés para la teoría constitucional. Se trata de la crucial cuestión de la centralización y descentralización política, la cual se traduce —a nivel del Estado mismo—⁷ en la alternativa de régimen unitario o federal.

⁷ Decimos “en el nivel del Estado mismo” porque sólo nos referiremos a la cuestión a nivel intraestatal, es decir, del derecho político interno, y no al plano interestatal, en que aparecen diversas figuras político-jurídicas del derecho internacional en que se manifiesta el mismo fenómeno centralización-

Con todo, debe señalarse que la cuestión de fondo no se ve enteramente reflejada por la contemporánea distinción jurídica entre unitarismo y federalismo. En efecto, más allá de que ambas sean Estados formalmente unitarios, tanto Francia como España reconocen en su contraria dinámica histórica —centrípeta la una, foral y descentralizada la otra— uno de los rasgos más característicos de su talante colectivo.⁸

A lo largo del tiempo y de las geografías, las concretas ordenaciones históricas correspondientes a cada una de las dos formas de Estado no han permanecido idénticas. Con todo, García-Pelayo señala dos diferencias fundamentales que fungen de signo distintivo: en el Estado Federal hay una Cámara Federal que agrupa a representantes de los Estados miembros; y —más importante aun— la norma que rige a cada Estado miembro es sancionada por convencionales que representan a los ciudadanos de ese Estado (autonomía constitucional), y no tiene el carácter de una ley del Estado Federal (como sí lo tienen los estatutos que rigen a las regiones autónomas, por más que hayan intervenido en su redacción representantes de la región autónoma del Estado unitario) [García Pelayo (1993): 243-4]. Aunque la distinción entre

descentralización, pero ya como vinculación que involucra a varios Estados entre sí. En este último caso nos las habemos con las "uniones de Estados", como la confederación, la unión real y la unión personal. Vale la pena recordar de pasada que en las uniones de Estados los procesos constituyentes se cumplirán, en principio, según el modo de ratificación estatal; de alguna manera, pues (y si es que es lícito reconocer con propiedad un Poder Constituyente en el caso de, por ejemplo, una confederación) cabría decir que los *sujetos inmediatos del Poder Constituyente* serían allí los propios Estados miembros.

⁸ Hemos analizado esta cuestión, aludiendo a su connotación ontológica [Castaño (2000): 157-159].

regímenes más o menos descentralizados es tan antigua como la Política, la doctrina respectiva, como también la denominación “unitarismo-federalismo”, aparecen en la época del constitucionalismo moderno. La discusión sobre la naturaleza jurídica del Estado Federal nació al calor de grandes debates teóricos y práctico-políticos del s. XIX. Así, por ejemplo, agitó a los EUA hasta la Guerra de Secesión la polémica sobre si eran un Estado o una unión (confederal) de Estados; esta última posición fue sostenida por el gran jurista Calhoun, pero recibió un mentís fáctico decisivo con la derrota de los sudistas. Hoy, el tema vuelve a ser de la mayor actualidad, con el surgimiento de la Unión Europea y su dinámica integracionista (en un futuro próximo, ¿habrá Estado o Estados en Europa?). Pero no podemos extendernos aquí ni en la historia ni en la prospectiva de la doctrina.

Sí remarcaremos, en cambio, la enorme trascendencia política de la cuestión que se dirime en torno al modo en que se estructuran los diversos ámbitos de autonomía regional. Al respecto, no debe llamarnos a engaño la inclusión del término “territorial” en el título, haciéndonos creer que el factor decisivo en la mayor o menor centralización política radica exclusivamente en la mayor o menor dimensión o diversidad del territorio. Es cierto que los Estados con grandes territorios tienden a organizarse federalmente, y los pequeños, en unidad de régimen. Más el dato territorial no es determinante. Chile, por ejemplo, es una República de gran extensión longitudinal, con regiones geográficas, climáticas y culturalmente disímiles; pero, con todo, allí el régimen unitario ha gozado de una vigencia incontestada a lo largo de toda su vida independiente, lo cual es demostrativo de su legitimidad (de origen).

Hay, seguramente, circunstancias idiosincráticas particularísimas que generan un peculiar modo territorial de la integración. Tal modo de la integración posee un valor político-constitucional de primer orden; él se halla por lo general consustanciado con lo más genuino de la tradición política de un pueblo. Al respecto, el ejemplo argentino es canoro. Las cartas de 1819 y 1826 —que contrariaban la tradición constitutivamente municipalista y regionalista de la Argentina— jamás rigieron; desde el punto de vista político, como normas sociales, fueron absoluta letra muerta. Y desencadenaron una guerra civil que duró tres generaciones: allí sí hubo un claro veto del “Poder Constituyente del pueblo” (“pueblo” encabezado por sus caudillos). Podría decirse que “la forma de Estado” de la sociedad argentina es el rasgo más arraigado en su tradición política.

v) La Constitución como orden de la subordinación (“formas de gobierno”)

Las relaciones de subordinación reconocen como una de sus principales propiedades el número de quienes participan activamente en la conformación de la voluntad política del Estado, o queden elegidos para desempeñar funciones de mando. Consideramos que esta última formulación es más realista e históricamente comprensiva que hablar “del número de los que gobiernan”. Porque, de pretender ser fieles a tal terminología, habría que decir que todos los gobiernos son monocráticos (de uno) o, en el mejor de los casos, oligárquicos (de pocos).⁹

⁹ Ernesto Palacio [Palacio (1949): cap. IV], enfocando la cuestión desde la perspectiva de la naturaleza bipolar y compleja del mando, afirma que todos

Ha sido Aristóteles quien perfiló la doctrina clásica de las formas de gobierno [Aristóteles (1992): 1279 a 22 y ss.]. Se llama gobierno real (*basileía*) a la monarquía que ejerce el mando en vista del bien común; aristocracia (*aristokratía*) a aquél en que unos pocos detentan el poder en aras del bien común; y República (o “gobierno constitucional”, *politéia*) a aquél en que la multitud gobierna para el bien común. Son sus desviaciones, respectivamente, la tiranía, la oligarquía y la democracia. De manera similar clasificaron las formas de gobierno Tomás de Aquino en la Edad Media [Tomás de Aquino (1894): I-IIae. 105, 4], y Montesquieu en la modernidad [Montesquieu (1979): L. I, cap. III y IV]. En lo esencial, esta tradicional clasificación ha pervivido canónicamente hasta nuestros días. Contemporáneamente Georges Burdeau ha distinguido entre regímenes autoritarios, clasificados a su vez en cesarismo empírico, dictadura ideológica y régimen de poder individualizado; y regímenes democráticos, divididos en régimen presidencialista, parlamentario y de asamblea [Burdeau (1949): t. IV].

Más allá de lo dicho, debe reconocerse que, también en la cuestión de las “formas de gobierno”, hay un elemento atribuible al singular talante histórico de cada comunidad que subyace a la cristalización jurídica de las relaciones de mando y resulta determinante para la vigencia de éstas. Es decir, la realidad efectiva de la concreta estructura de la subordinación

los gobiernos son en parte monárquicos (pues siempre hay alguien que encabeza), en parte aristocráticos (pues siempre existe un círculo áulico que rodea a quien manda) y en parte democráticos (pues sin consenso los gobiernos no rigen).

política pende de la peculiar y constitutiva idiosincrasia de la sociedad.

vi) La Constitución como la presencia y la acción de los factores de poder social

Ferdinand Lasalle es el principal y más clásico exponente de la posición que reduce la Constitución a los factores de poder; o, como él mismo dice, a las “relaciones fácticas de poder (*tatsächliche Machtverhältnisse*)” [Lasalle (1993): 15].¹⁰ Lasalle, en efecto, da tal respuesta a la pregunta por la cosa misma: vgr., en qué radica la esencia de una Constitución, o cuál es el concepto de Constitución. Ésta, explica el autor, es Ley Fundamental (*Grundgesetz*), y consiste, precisamente, en las relaciones antedichas, caracterizadas a su vez como las fuerzas fácticamente efectivas, que determinan toda ley y disposición jurídica a no poder ser, en esencia, diferentes de como en realidad son. Lasalle ejemplifica gráficamente su concepto con la Prusia de su tiempo. El rey, los nobles, los industriales, los banqueros y la bolsa, en cierto sentido la conciencia general (de la sociedad), en última instancia hasta los trabajadores y la pequeña burguesía son partes de la Constitución (*Stück Verfassung*). Lo son en tanto representan partes de las fuerzas presentes en el Estado. Tal es la Constitución real (*wirkliche Verfassung*), de que ninguna sociedad política ha carecido ni carecerá. En la época del autor, se produce un fenómeno novedoso,

¹⁰ La obra es de 1862, y ejerció considerable influencia, dicen los expertos, en el pensamiento marxista. También habría que adscribir a la tradición lasalleana algunas de las posiciones filosófico-constitucionales del gran constitucionista italiano Costantino Mortati [cfr. Mortati (1940): 219 y ss.; Mortati (1972): t. I, *passim*].

cual es la redacción de cartas constitucionales. Pero este proceso epocal no cambia la esencia de la cuestión: sólo ocurre que, al darles expresión escrita, las relaciones fácticas de poder se transforman en una Constitución escrita (*geschriebene Verfassung*). A ésta, Lasalle la llama con menosprecio la hoja de papel (*das Blatt Papier*) [Lassalle (1993): 7-33].

vii) La Constitución como la dinámica política en sus principios culturales e ideológicos

Caracterizada por Carl Schmitt como “el principio del *devenir dinámico* de la unidad política, del proceso de la siempre renovada *formación y creación* de esa unidad a partir de una subyacente o en lo fundante efectiva *fuerza y energía* (subr. orig.)” [Schmitt (1993): 5]. Se trata de una harto perspicaz observación acerca del papel constituyente de los principios cosmovisionales que animan a épocas y regímenes; concretamente, dice Schmitt, de los “contrapuestos intereses, opiniones y aspiraciones” que van construyendo en el tiempo la unidad política, en la medida en que se van “integrando (al decir de Smend)” en la Constitución.

¿Hay dinámicas culturales, filosóficas, ideológicas, que progresivamente van dirigiendo en un determinado sentido la vida política y jurídica, aunque permanezcan inalterados la Constitución jurídica formal, el régimen, las formas de Estado y de gobierno? La respuesta no puede sino ser afirmativa, y sólo dejaremos insinuada aquí —por medio de dos ejemplos contemporáneos— la efectiva operatividad constituyente, social, política y jurídica, de estos principios *cuasi* hermenéuticos de la realidad humana.

Vamos al primer ejemplo. Pensamos es dable advertir unos cada vez más acentuados igualitarismo abstracto y atomismo social —a tono con la dinámica cultural de occidente— que se desarrolla sin necesidad de mutaciones jurídico-constitucionales. Tomemos el caso del sistema electoral previsto por la C. N. Argentina de 1853. Ella disponía que los ciudadanos eligieran al presidente de la República, pero lo harían en forma indirecta, a través de la elección de electores presidenciales seleccionados según los distritos estatales, quienes tendrían a su cargo la elección definitiva (art. 81). Semejante restricción del principio democratista seguramente tuvo el carácter de una suerte de voto calificado, es decir, el de dejar en manos de los ciudadanos en principio más expectables, o de mayor conocimiento de la cosa pública, la decisión definitiva sobre quién habría de ser el primer mandatario. Además, quedaría incluso por resolver si el texto constitucional era absolutamente incompatible con un régimen de representación encuadrable en lo que se ha llamado “democracia orgánica”. Ahora bien, la existencia y el fortalecimiento de los partidos políticos diluyó esa instancia de selección encarnada en lo que podría ser un grupo de *seniores*, para transformar la elección de electores en una mera formalidad. Este proceso concluyó con la reforma de 1994 (art. 38), que dio al régimen de partidos rango constitucional, absorbiendo en ellos definitiva y formalmente la representación política.

Otro ejemplo —extremo— tal vez resulte aun más ilustrativo de lo que queremos significar. El matrimonio entre personas del mismo sexo ¿es en todos los ordenamientos formal, explícita y absolutamente inconstitucional? Si no lo es, entonces ¿qué es lo que

veta la transformación de un desorden objetivo en institución matrimonial? No otra cosa sino la vigencia cultural de lo que cabe llamar principios primarios de la ley natural. En efecto, contrariamente a esos principios básicos de rectitud práctica —y a tono con fortísimas campañas ideológicas internacionales que arrancaron hacia comienzos de la década pasada—, se podría pretender una ley de matrimonio civil que protegiese los derechos humanos y la libertad del individuo contra todo autoritarismo y paternalismo, evitando así erigir un modelo único de matrimonio que ejerciera discriminación por motivos de orientación sexual de los géneros, etc. Después de todo —argumentaría quien sostuviese criterios de relativismo y positivismo absolutos— ¿por qué no podría decidirse por procedimientos democráticos, que culminasen en la sanción de una ley positiva, que los homosexuales pueden contraer legal (y legítimo, en este plano ideológico) matrimonio?

Son, pues, principios, pre, *supra* y extrajurídicos los que crean y reforman las normas; o incluso, sin necesidad de derogación o reforma alguna, los que pueden llegar a interpretarlas de modos sorprendentemente contrarios.

Como puede apreciarse, tales “claves hermenéuticas” de comprensión de la realidad *legislan* y hasta *constituyen*, social, política y jurídicamente.

viii) La Constitución como el “sistema político” en relación a los partidos

La noción de “sistema político” es casi multívoca. Estamos aludiendo, aquí, a una parte de la estructura

política del Estado no siempre normada por el texto constitucional mismo (si pensamos en el Estado constitucional contemporáneo), y que se refiere, en particular, al sistema de fuerzas políticas organizadas que buscan y ejercen el poder. Es decir, al sistema de partidos, parte fundamental, a su vez, del llamado sistema político (en la terminología sistémica de la ciencia política contemporánea). Al respecto, se han propuesto diversas tipologías, como la de Sartori: sistema de partido único, hegemónico, o predominante; bipartidismo; multipartidismo moderado, multipartidismo extremo y atomización. O la de Almond: sistemas autoritarios, de partido dominante no autoritario, bipartidistas competitivos y multipartidistas competitivos [Linares Quintana (1976): cap. III].

ix) La Constitución jurídica: a) la Constitución jurídica total

A partir de la reacción contra los excesos formalistas del constitucionalismo fundacional, aparece la distinción ya canónica entre Constitución material y Constitución formal, distinción en que los límites conceptuales y el uso de los términos no resultan idénticos en todos los autores. Por ello cedemos aquí la palabra al autorizado Arturo E. Sampay: “En oposición al concepto de Constitución formal, que significa la totalidad de los preceptos jurídicos codificados por el legislador Constituyente en un único texto escrito, el concepto de Constitución material se refiere al complejo de normas jurídicas, cualquiera sea su modo de establecimiento, que abarca la organización y relaciones de los poderes públicos, la finalidad que la comunidad política se asigna como permanente, y las relaciones activas y pasivas con los sometidos al poder político [...] No

obstante que la Constitución formal siempre intenta absorber en su texto la Constitución material, nunca se da una perfecta coincidencia entre ambas, porque el orden jurídico-político rebasa, en todos los casos, el texto constitucional, al extremo que es difícil precisar si, sociológicamente considerado en concretas situaciones de la realidad política, es más fundamental para la vida del Estado un precepto jurídico de la Constitución formal, o los preceptos contenidos en los elementos que, junto con ella, integran la Constitución material del Estado, vale decir, las normas ‘derivadas’ de la Constitución formal y establecidas en leyes y decretos, o incluso lo que jurídicamente tiene menos fuerza en la escala del ordenamiento jurídico-político, como los reglamentos y las costumbres constitucionales” [Sampay (1951): 384-5]. Al respecto, cabe acotar por nuestra parte que institutos jurídicos tan esenciales al moderno Estado Constitucional de derecho como, por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes, forman parte de la costumbre constitucional, y fueron establecidos por defuera del texto constitucional escrito.¹¹ Otras regulaciones jurídico-políticas que integran hoy la Constitución material son el régimen legal y la acción de los partidos políticos y las relaciones Iglesia/iglesias-Estado, además del cúmulo de facultades reglamentarias que poseen los diversos órganos de gobierno.¹²

¹¹ El control de constitucionalidad se inició en los EUA con el caso *Marbury vs. Madison* (1803), fallado por el Juez Marshall.

¹² Los juristas también distinguen en el seno mismo del texto constitucional entre Constitución material y formal, ante, por ejemplo, la posibilidad de atribuir especial relevancia o supremacía a ciertas disposiciones insertas en el texto por sobre otras, sobre la base de una gradación de valor entre los contenidos normados [Mortati (1962)].

En una de sus mejores obras, Germán Bidart Campos, al referirse a la “Constitución jurídica total” (a la que él llama “real o material”) la sintetiza como la propia de cada Estado particular; su forma de ser que, en tanto tal, es vigente, se halle escrita —parcial o totalmente— o no [Bidart Campos (1969): 93-4]. Se trata de lo que Sagüés llama —refiriéndose al Estado de Derecho contemporáneo— el “bloque de constitucionalidad”, conformado por el derecho constitucional primario (Constitución, tratados de rango constitucional, normas de derecho consuetudinario adosadas a la Constitución formal) y el secundario (tratados, leyes reforzadas, decretos leyes, reglamentos, con o sin rango constitucional) [Sagüés (1993): t. I, 78].

x) La Constitución jurídica: b) la Constitución jurídico-formal según el constitucionalismo

Para tipificar el concepto “ideal” de Constitución, Carl Schmitt sintetiza los principales elementos distintivos de la noción de Constitución (“formal”) sostenida por el constitucionalismo liberal clásico [Schmitt (1993): 36-41]. En primer lugar, la Constitución es un sistema de garantías de la libertad burguesa. Ya Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 5 y 7) había establecido que algunas constituciones tenían como objeto y fin la gloria del Estado, mientras otras la libertad de los ciudadanos. El ejemplo de los EUA y de la Revolución Francesa dio al segundo tipo su sello y lo determinó en su esquema fundamental: sólo merece llamarse “Constitución” aquella que contenga la garantía de la libertad tal como la entendía el liberalismo. Allí aparece el reconocimiento de los derechos fundamentales (vida, libertad —negativa— y propiedad), la separación de poderes y la reducción de la participación del pueblo

en el Poder Constituyente a un “pacto social”; y, como su consecuencia, el “gobierno parlamentario” durante el S. XIX.

En segundo lugar, la separación o, mejor dicho, distinción de los poderes y de sus funciones de legislación, administración y justicia, que se convierte en la garantía contra el abuso del poder del Estado. Allí donde la estructura política no lo sancione plenamente, o la niegue, habrá despotismo, absolutismo, dictadura, todas denominaciones definidas a partir de su oposición al principio de distinción de poderes. Aduce Schmitt el explícito art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789: *toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.*

En tercer lugar, la necesidad de que se halle *escrita*, cuyo primer antecedente es el “Instrument of Government” de Cromwell, quien buscó darle, así, absoluta inmutabilidad. Posteriormente, los EUA formularon según ese criterio su Carta Fundamental.

xi) El sentido plenario de Constitución: la *complexión* u orden total de la comunidad política

La Constitución de la comunidad política, pensamos nosotros, consiste en un todo potestativo, compuesto por partes potenciales. Cada una de ellas participa análogamente de la noción, y realiza en un cierto modo, con mayor o menor plenitud, el papel de elemento estructurante de la comunidad. Pero sólo el todo puede llamarse “Constitución” en sentido plenario. Se trata de la Constitución como causa formal —en sentido

aristotélico—, complexiva del orden completo de las relaciones entre los miembros de la comunidad, así como de las disposiciones actitudinales que se hallan en la base de la “normalidad” social (Heller). Es decir, se trata del orden total de la comunidad política, que abarca en una unidad superior la realidad significada por las anteriores acepciones de “Constitución”.

Ahora bien, cada una de las partes potenciales que hemos distinguido es constitutiva a su manera y en su nivel, y respecto de cada una de ellas cabría preguntarse por su “Poder Constituyente”. Es lo que haremos después de introducirnos en la noción de Poder Constituyente elaborada por la tradición del aristotelismo moderno y contemporáneo.

B. La posición de Louis Billot: el Poder Constituyente como determinación comunitaria de la forma y de los títulos de la autoridad política

La doctrina de la designación, como el modo específico en que la comunidad ejerce su Poder Constituyente, representa una interesante introducción en el tema de las relaciones políticas de mando y obediencia, que se encuentra conteste con lo que la realidad social nos enseña acerca de la naturaleza de la autoridad [Castaño (2003): cap. V]. Con el fin de dejar esbozada la mencionada doctrina, seguiremos a su mejor expositor, Louis Billot, quien ha realizado, en pocas páginas, una equilibrada y penetrante aportación realista al pensamiento político universal [Billot (1976/7)].

a. La tesis de Louis Billot: el Poder Constituyente como determinación comunitaria de la forma y los títulos de la autoridad política

La tesis aristotélica comúnmente aceptada se opone a la doctrina del “contrato social”, sobre todo en su versión inmanentista, tal como fue planteada por Hobbes y Rousseau. La rechaza —desde un punto de vista antropológico y político— por el hecho de no aceptar el *a priori* metodológico del llamado “estado de naturaleza”, en la medida en que ello implica la negación del carácter perfectivo de la vida social en general y política en particular; así como la previa pretensión —a todas luces cuestionable— de la autosuficiencia extrapolítica del hombre. Uniendo a la tesis de politicidad natural la del creacionismo cristiano, Billot afirma que la potestad política, en sí misma considerada, deriva —mediatamente— de Dios como creador de la naturaleza. En efecto, la sociedad política, imprescindible para la perfección temporal humana, no puede existir sin la potestad directiva correspondiente. Y la función legitimante de la potestad política es gobernar al pueblo en orden a la justicia y al bienestar. Ella se origina en la naturaleza misma de la sociedad política y no depende siempre en sí misma considerada de que los hombres aprueben su existencia.¹³ Es éste el

¹³ Hay que guardarse de entender la aceptación de la potestad de régimen (autoridad política) como una opción elegible entre varias, y, por ende, rechazable. La necesidad del medio para la consecución del fin se impone, aquí, de manera absoluta, pero se impone no por la violencia extrínseca de los que mandan (posibilidad contingente, de orden histórico) sino por una exigencia intrínseca de la cosa misma en que consiste la vida política. Bajo esta perspectiva debe entenderse, por ejemplo, el aserto de Francisco de Vitoria respecto

sentido en el cual la escuela iusnaturalista aristotélica afirma que la autoridad política es de derecho natural. Agreguemos, por nuestra parte, que la cuestión del origen de la autoridad no sólo es así entendida por todos los autores escolásticos, sino, en lo fundamental, también por otros pensadores extraños a esa órbita, como Hermann Heller [Heller (1983): III, *passim*]. Puede sostenerse, entonces, que el derecho mismo de gobernar no es *creado* por voluntad de los miembros del cuerpo político, sino que viene exigido por la naturaleza de éste.

Continúa Billot con una segunda tesis, a saber, la de que “el derecho de determinar la forma de gobierno y de dictar la ley de investidura del poder, reside originariamente en la comunidad: reducida a estos términos, la sentencia de los escolásticos sobre la autoridad civil es absolutamente verdadera”. El gobierno de la comunidad no le pertenece por derecho natural a ningún hombre, sino a la comunidad misma, que es la encargada de instituir la forma del régimen y la investidura del poder. Es lo que se llama “Poder Constituyente”. Sin embargo, las constituciones políticas se reducen con frecuencia a la adhesión consuetudinaria del pueblo a ciertos usos, por lo que el Poder Constituyente no debe ser asimilado necesariamente a la práctica formal del sufragio moderno. Antes bien, es un sinnúmero de circunstancias particulares el que introduce las formas de gobierno, a las que la adhesión consuetudinaria confiere existencia jurídica; efectivamente, la institución del poder se legitima en

de que “la potestad de administrarse a sí misma se constituye en la República incluso contra el parecer de los ciudadanos” [Vitoria (1934): pgf. 8].

virtud del consenso de la comunidad, aunque su instauración se haya hecho por la guerra o la usurpación. En cualquier caso, “la legitimidad de un gobierno no depende tanto del hecho original de su introducción cuanto del uso consiguiente y también de la tácita adhesión de la comunidad”.

Pero Billot hace una precisión sobre el sentido en el que deba entenderse la proposición de que el poder político procede inmediatamente del pueblo. Pues tal cuestión recibió una respuesta, por parte de la segunda escolástica, que no parece ajustarse a la realidad del orden social. En efecto, Francisco Suárez y Roberto Belarmino, relevantes teólogos y filósofos que representaban la tradición política aristotélica frente al naciente Estado absolutista en el s. XVI, afirman que la potestad es comunicada a los príncipes por el pueblo. Es así como, para estos autores, la comunidad, si bien no aparece como origen absoluto del poder (futura tesis rousseauiana), sí resulta ser su sujeto primero, una suerte de receptáculo y medio de comunicación a las personas que lo han de ejercer. Teniendo en cuenta este antecedente, la tesis de que el poder deriva del pueblo puede recibir dos interpretaciones. O bien significa que el pueblo posee el poder como propio en virtud de la ley natural, poder que retiene para ejercerlo, o del que abdica para transferirlo a un príncipe o Asamblea de Notables. O bien significa que el pueblo sólo tiene la facultad de determinar la forma y la (s) persona (s) en que el mandato de la ley natural (vgr., la necesidad de la existencia de una potestad directiva) ha de concretarse, de acuerdo con el arbitrio, las tradiciones y las circunstancias de cada comunidad. En efecto, dado que la ley natural no determina ni la forma de gobierno ni el sujeto que ha de gobernar, luego

la causa próxima de determinación de los títulos de los gobernantes es la institución humana. Empero, la comunidad no posee la potestad misma, sino el derecho de determinar la forma y el modo legítimos de investirla. Billot, quien acepta la última interpretación, ilustra ambas posiciones con un ejemplo del derecho de propiedad. Algo puede recibirse de dos modos: o de alguien que hace mía la cosa que era suya, o de alguien como autor de la legislación por la cual pasa algo a ser mío, como en el caso en que el legislador me concediese la posesión de algo que antes no me pertenecía (ni le pertenecía a él).¹⁴

Los argumentos que esgrime Billot contra la posición “traslacionista” —y en favor de la propia— son serios y de peso. Ante todo, la doctrina objetada inviste a la democracia de la categoría de única forma de gobierno de derecho natural. Esto es incompatible con un realismo que reconozca la ordenación al bien común como primer principio de legitimidad. Tal principio implica que las exigencias axionormativas de la natural politicidad se reducen a la necesidad del Estado y de alguna potestad directiva. O, dicho en otros términos, que ambas necesidades son los únicos contenidos imprescriptibles del ámbito político del derecho natural. Todo lo cual conlleva, asimismo, la imposibilidad de señalar como lícitos o ilícitos *per se* a algunos de los tipos de régimen en que se concreta históricamente

¹⁴ Francisco de Vitoria [Vitoria (1934): pgf. 8] afirmó que “aunque sea constituida [la potestad] por la República (pues la República crea al rey), no transfiere la potestad, sino la propia autoridad [...]”. Téngase en cuenta que “autoridad” significa títulos legítimos para el ejercicio de la potestad; y que el término se relaciona semánticamente con “autorización”. La sociedad, pues, “autoriza” (obedencialmente) y, así, legitima el ejercicio del gobierno. Sobre esta cuestión en Vitoria: [Hernández (1993): *passim*].

la vida estatal (en contraposición, por ejemplo, a lo sostenido por las posiciones modernas del “derecho divino de los reyes”, en el sentido de que la monarquía era la sola forma de gobierno recta; o a la posición hoy vigente que identifica legitimidad política con régimen democrático-constitucional). De allí que las formas de gobierno sean “de derecho positivo”, esto es, dependen del consentimiento de cada comunidad.

Continuando con su argumentación, se pone Billot la objeción de cuño traslacionista de que la potestad necesita de un sujeto concreto y determinado en quien residir antes de ser trasladado a sus titulares, si no se quiere verlo como subsistente en sí. En efecto, Suárez afirma que la potestad recae inmediatamente en la comunidad como en su sujeto concreto, que puede luego derivarlo a un monarca o a un cenáculo de notables. Ahora bien, Billot responde que el poder de jurisdicción no debe equipararse a una forma física que no existe si no está en un sujeto determinado. El poder, prosigue, existe o como instituido o como poseído. En el segundo caso requiere, evidentemente, de un sujeto determinado. Mas en el primero existe como la prescripción racional dictada por un superior, que puede darse según cierta generalidad a ser ulteriormente determinada mediante disposiciones más concretas. En tal medida, el poder puede existir —como instituido— sin una forma ni un sujeto lógicamente previos. Así, el poder político se halla en la ley natural. Esto permite afirmar como verdaderas a la vez dos proposiciones: que el poder deriva de la ley natural inscrita en su espíritu humano en tanto prescripción general; y también que es causado próximamente por los hombres que lo determinan a una forma y un sujeto con-

cretos, sin que, por ello, derive de los hombres bajo la formalidad de potestad política como tal.

b. Las debilidades teóricas del “traslacionismo”

Por nuestra parte, sin que aludan necesariamente en cada caso a un autor determinado, agregaremos algunas objeciones referidas a la constitución histórico-sistemática de la posición traslacionista (a la que tal vez ya quepa llamar sin anacronismo “de la soberanía popular”, sin que ello implique identificarla con la posterior versión liberal-revolucionaria) [Castaño (1995)].

Ante todo, una distinción. Si decimos que la potestad política pertenece a o se halla en la comunidad estatal, podemos significar: a) la comunidad política acabada, concretamente existente, en la cual se ejerce el poder por parte de sujetos determinados. En este caso no hacemos sino afirmar el carácter de propiedad natural del poder, en tanto elemento que se desprende necesariamente de la esencia de la sociedad política, aunque sin llegar a constituir su forma (la forma —como “causa formal”— del todo de orden social consiste en su orden, plasmado en múltiples disposiciones y relaciones). Tal primera alternativa contesta a la pregunta por la naturalidad del poder político, pero no da lugar a dilucidar cómo ese poder adviene al cuerpo estatal considerado en acto primero, es decir, “excluido todo mando sobreañadido” en la expresión de Cayetano [Tomás de Vío (1936): n° 450], lo cual elimina, por ejemplo, la cuestión del Poder Constituyente de la comunidad; o bien podemos significar la proposición traslacionista (b), la cual afirma que la comunidad —en tanto con-

junto de grupos o individuos (el “pueblo”)— es *sujeto* del poder o, en términos más actuales, “la soberanía del pueblo”.

Una primera objeción crítica a esa última alternativa apuntaría a la vinculación entre sociedad y potestad. ¿Cómo se halla la comunidad respecto de la potestad política? En materia práctica, la determinación del fin permite esclarecer la disposición de los elementos que se integran en un orden dado. Y hay un fin por el cual existe el orden político, en tanto constituye un elemento convocante que lleva a los hombres a asociarse para su consecución. Ahora bien, el complejísimo entramado de relaciones de la sociedad política *necesita* de una dirección imperativa (potestad) para la consecución de su fin. El todo de orden social está compuesto de una multiplicidad que, en tanto tal, requiere de un factor de unidad y coordinación, del que carece. Aquella necesidad de un factor de dirección equivale a obligación, la obligación de darse un poder social con capacidad de conducción, y la de acatarlo. El realismo aristotélico —cuyas grandes líneas estamos siguiendo— sostiene que no hay titulares de la autoridad política por derecho natural (es decir, no hay una determinación de la naturaleza sobre quién o quiénes, y con qué sistema político, deban ejercer el mando —como sí la hay en el caso de la familia, en que son los padres los señalados para el gobierno de la casa).¹⁵ En el proceso de la determinación de la potestad de régimen inter-

¹⁵ Dicho de otra manera, el fundamento de la legitimidad política consiste en la ordenación al bien común [Aristóteles (1992): 1279 a 25 y ss.]. Y tal ordenación se operará bajo una forma de régimen idiosincráticamente adecuada a la comunidad e históricamente aceptada por ella. Respecto de esto último: Castaño (1997): *passim*.

viene la comunidad, inmersa en su peculiar circunstancia, a través de diversos modos posibles de praxis constituyente (como quiera que tal praxis se manifieste). Ahora bien, una vez erigida la legítima potestad directiva surge para el conjunto de la comunidad —individuos y grupos— la necesidad de prestarle debida obediencia. Existe, pues, para el pueblo —como multiplicidad orgánica, aunque carente de principio directivo— la obligación de ser gobernado, no la facultad de gobernar. Pero cuando la teoría traslacionista habla de la comunidad como sujeto del poder, la está considerando sujeto del derecho subjetivo del mando. Ya no se trataría de una causación que determine la forma y los titulares del poder (o de una disposición que favorezca su designación), sino de la posesión de la facultad de gobierno. Y de esto precisamente carece la comunidad, considerada en acto primero (es decir, como pueblo socialmente organizado pero carente de su última forma política).

Una segunda objeción se desprende del problema recién aludido: la incapacidad del grupo estatal para ser sujeto del poder. En este caso la comunidad en tanto multiplicidad aparece como sujeto, con lo cual la titularidad se multiplica también entre los soportes ontológicos del grupo, o sea, los miembros. Así lo dice Suárez: “los hombres individualmente (*singuli homines*) tienen parcialmente la virtud de conformar o hacer efectiva esta potestad” tras haber afirmado que “por derecho natural el poder existe en el conjunto (*in collectione*)” [Suárez (1975)]. Ahora bien, este sujeto múltiple y horizontal, con la magnitud inherente a un grupo político, no puede (fácticamente) ejercer el mando; y no hay sujeto de operaciones que no pueda ejercer aquella facultad de la que es sujeto. Esta inviabilidad

de la democracia directa a nivel estatal fue reconocida por Belarmino y Suárez, si bien éste consideró posible que la comunidad retuviera el poder sin transferirlo [Suárez (1975 bis): III, IV, 12] ¿Se refería a la democracia originaria directa (que él mismo creyó “dificilísima, porque habría infinita confusión y morosidad” [Suárez (1975)], o a una forma de democracia representativa, en la cual el ejercicio del poder no estaría en manos de todos? cabría aun redargüir que en un Estado minúsculo el pueblo haría retención de soberanía ejerciendo sólo el Poder Legislativo, en asamblea masiva. A lo cual, empero, debería responderse que allí habría ya una forma política con funciones diferenciadas de poder, en la cual el pueblo como tal tampoco ejercería, estrictamente hablando, la potestad suprema.

Roberto Belarmino había afirmado que por ser el poder natural, y no corresponderle a nadie en especial, luego había sido atribuido por Dios a toda la comunidad.¹⁶ De donde se sigue, dice Suárez, aceptando la argumentación, que la democracia es de derecho natural negativo o concedente, es decir, rige mientras los hombres no dispongan otra forma de gobierno. [Suárez (1965): III, II, 14]. A esto puede hacerse, sobre todo, una observación crítica. Nos referimos a la de Billot, retomada por Dabin [Dabin (1946): 178] y Meinvielle [(1974) pp. 73-4], entre otros, sobre la reificación del poder, su asimilación a una cosa que se ocupa o se posee, cuando en realidad se trata de una función cuya titularidad debe ser determinada. Así pues, la cate-

¹⁶ “[...] *nam haec potestas est de jure divino. At jus divinum nulli homini particulari dedit hanc potestatem: ergo dedit multitudini.*” [Belarmino (1870): L. III, cap. VI]. Razonamiento clásico del traslacionismo, cuya validez ha sido también hoy puesta en tela de juicio por John Finnis [Finnis (1993): 248].

goría de la “democracia de derecho natural concedente” de Suárez sería más una suerte de modelo teórico para negar el derecho divino de los reyes al gobierno que una explicación sobre la naturaleza del poder político.

Pero existe una tercera objeción —complementaria de las anteriores aunque fundamental por basarse, precisamente, en la estructura ontológica de las realidades aludidas—. La autoridad política no puede repartirse en la pluralidad de los miembros porque existe sólo en cuanto ya hay una sociedad política en acto. Y aquí no es necesario distinguir entre acto primero (excluido el poder), o segundo (incluyéndolo), pues tal distinción es de razón, en la medida en que se refiere a aspectos de una cosa que se da completa en la realidad. En efecto, la exigencia y la existencia del poder político sólo adviene desde el momento en que existe una sociedad política. La potestad política es algo que pertenece al todo (la comunidad) pero no a todos (sus miembros). Éstos, en tanto partes abstractamente tomadas, o incluso su sumatoria total (o sea la yuxtaposición de todos los grupos infrapolíticos en tanto tales grupos infrapolíticos), no pueden adicionar su contribución particular a un “fondo común” del que surgiría la potestad, porque sólo aparece la necesidad absoluta del poder político cuando existe la comunidad política. La titularidad de la potestad (inescindible, por lo demás, de su ejercicio)¹⁷ no puede ser adjudicada, pues, a los miembros. De modo que, *si hay autarquía* (como autogobierno de la comunidad polí-

¹⁷ Sobre la imposibilidad de separar de modo sistemático la titularidad del ejercicio de una potestad: [Castaño (2006: IV)].

tica), ella se predica del todo, pero no de todos. Y aunque el todo (comunitario) está formado por todos (por todos los grupos —y, en última resolución, por todos los individuos—), sin embargo, ese todo de orden político tiene, en tanto tal, una realidad propia que resulta irreductible a la de sus miembros particulares sumados. Se trata de otra realidad (accidental), por más que ella no existiría de no ser por la unión de esos miembros (substanciales) en un orden finalista.

Por último (“último pero no menor”), resulta fundamental retener que el poder político consiste en el imperio (mando) de una persona sobre otra y que todo imperio interpersonal supone e implica obediencia. No es una substancia, sino una relación. Luego, en la comunidad política se distinguirá quien efectivamente manda de quien obedece. Sin embargo, no se dará el mando (que es siempre de los menos) sin la obediencia (de los más).

C. Perfilando una tesis: el *sujeto que ejerce el Poder Constituyente*

a. La adhesión actual o consuetudinaria como forma impropia de Poder Constituyente

La doctrina de Louis Billot nos ha servido para esbozar una perspectiva más realista —entendiendo por tal término el apego a la realidad objetiva— que la de las escuelas que han propuesto la “soberanía” del pueblo, desde Belarmino hasta el constitucionalismo forjado en las grandes revoluciones del s. XVIII. La tesis de la soberanía del pueblo, huelga decirlo, ocupa un

lugar central en las constituciones vigentes del mundo entero (por lo menos dentro de Occidente) [Mirkin-Guetzévitch (1954) y Pantoja Morán (1973)], así como en la doctrina dominante entre los juristas y teóricos del Estado.¹⁸

De todas maneras, la posición de Billot no resuelve la cuestión que estamos estudiando. En efecto, creemos que el preciso sentido de *poder (político)*¹⁹ no puede ser identificado con la adhesión a una forma o a un régimen determinados, así se trate del refrendo democrático profundo (por inveterado) que se halla detrás de los usos, costumbres y tradiciones por los que adquiere legitimidad histórica el concreto orden jurídico-político. Por el contrario, en sentido estricto el Poder Constituyente originario es poder político que establece la Constitución jurídica. Es cierto que el papel jugado por el pueblo (la “comunidad organizada”) aparece de un modo particularmente más relevante a la hora del establecimiento y la conservación del orden funda-

¹⁸ La tesis de la soberanía (también constituyente) del pueblo —en la versión acuñada por Sieyès— ha sido fundamentada contemporáneamente de un modo paradigmático por Martin Kriele [Kriele (1975): 224 y ss.]. Ella ha sido aceptada incluso por algunos autores de explícita inspiración católica, como se echa de ver en A. Messineo, quien tensa en el sentido democrático-representativo revolucionario las doctrinas de Suárez [Messineo (1947): 65-70 y 113 ss.]. Tal aceptación de la idea de soberanía del pueblo por algunos sectores del pensamiento católico de la postguerra (bajo la forma de una combinación de la tradición suarista con principios ideológicos de la Revolución francesa) se ve testimoniada por la cuestionable afirmación de Costantino Mortati: el desemboque lógico de los presupuestos cristianos referidos a la organización política no podía ser sino la soberanía popular [Mortati (1972): t. I, 58] Para una crítica de la conciliación entre los principios cristianos del orden político y la idea revolucionaria de soberanía popular Castellano (2004): pp. 34-35; 47-81; 67-68; 103-109; 115-117 y 137-139].

¹⁹ En este texto utilizamos indistintamente los términos “poder”, “potestad” y “autoridad” (políticos).

mental de la comunidad política que cuando, por ejemplo, los ciudadanos acatan el imperio de una norma particular. Pero —y aquí radica la clave de nuestra posición— resulta impropio llamar poder (político) a un concurso que, si bien es constituyente en algún sentido, posee específica naturaleza disposicional u obediencial. Es lo que señalaremos a continuación.

b. El Poder Constituyente en relación con los diversos sentidos de “Constitución”

Tras presentar y discutir algunas de las principales tesis sobre la cuestión formuladas por el aristotelismo moderno y contemporáneo, y habiendo previamente discriminado la plurisémica comprensión del concepto de Constitución, podemos intentar responder ahora si —y en qué sentido— la comunidad ejerce el Poder Constituyente. El nuestro, vale la pena subrayarlo, también pretende ser un planteo de cuño aristotélico.

Si se considera la noción i) de Constitución (“orden político”), así como la sintética y superadora xi) (“orden total”), podría aceptarse una suerte de titularidad ejercida por los miembros mismos (sobre todo, en cabeza de los grupos infrapolíticos); aunque, en esos casos, no se trataría del ejercicio de un *poder social* en sentido estricto, pues no consistiría (solamente) en relaciones de mando; y menos aun se trataría de la titularidad de poder político alguno. Si se pasa a la ii) (“composición étnica y religiosa”), iii) (“tradición política”) y iv) (“formas de Estado”) tendríase un caso análogo. Allí los agentes sociales y las realidades humanas (espirituales o materiales) constituyen sin por ello, en sentido estricto, ejercer el mando.

Pero si se pasa a las acepciones v) (“formas de gobierno”), vi) (“factores de poder”) y viii) (“partidos políticos”), se constata entonces la presencia de relaciones de mando y obediencia. Allí donde las haya, sólo se puede afirmar, como papel de quien obedece, su concurso en sentido pasivo, en tanto aceptación del imperio de otro. El súbdito (individual o colectivamente tomado) no es, pues, sujeto del ejercicio del mando; ergo, no es titular de poder político alguno. Esta afirmación vale incluso para la acepción vii) (“principios culturales e ideológicos”), en la medida en que los conductores y árbitros de las vigencias cosmovisionales —y, sobre todo, de las vigencias ideológicas contemporáneas— son minorías.

Respecto de la acepción ix) (“la Constitución jurídica total”), nos remitimos, sobre todo, a lo ya afirmado por nosotros en otros lugares [Castaño (2006): II]: quien dice imperativa y obligatoriamente el derecho (“*jurisdictio*”) es la autoridad política, sea la establecida, sea la revolucionaria. Va de suyo que lo propio vale para la constitución entendida a la manera del constitucionalismo clásico (acepción x). Al respecto, por vía de ejemplo, vale la pena traer a cuento las observaciones de Klaus von Beyme acerca de cómo el “Poder Constituyente del pueblo” resulta mediatizado en los hechos por factores de poder minoritarios [von Beyme (1968): cap. I]:²⁰ las Asambleas constituyentes cuyos miembros suelen ser muchos de los integrantes de los parlamentos ordinarios (y que sólo pueden identificarse con el pueblo “mediante una ficción”, dice el autor); las

²⁰ Este capítulo se titula justamente, “Las rupturas de la voluntad constituyente del pueblo en la elaboración constitucional”.

comisiones redactoras, en que las minorías poseen una representación que no tenían en la asamblea, y juegan un papel decisivo; los agentes del poder de turno; los presidentes y secretarios de comisión; los expertos constitucionalistas. En conclusión, dice von Beyme, “casi todas las constituciones de la historia se han originado oligárquicamente” [von Beyme (1968): 8]. La experiencia argentina contemporánea no desmiente tal aserto, pues la reforma constitucional de 1994 tuvo como sujetos constituyentes a la parte más conspicua de la partidocracia vernácula, encabezada por sus jefes natos, Menem y Alfonsín.

Conclusión

A propósito de lo últimamente afirmado, y como cierre de esta reflexión filosófico-política, queremos esbozar una tesis que iremos desarrollando en futuros trabajos. Aunque se aceptaran las categorías constitucionalistas clásicas de “Poder Constituyente” y “poder constituido”, sólo resultaría lícito conceder una dualidad de funciones en el seno del mismo poder político (correspondiente a la función constituyente y al ejercicio del poder constituido), más no una distinción real entre dos poderes político-jurídicos. En efecto, según su naturaleza, el poder político es uno, más allá de la diversificación de sus órganos, funciones y objetos. Respecto de nuestro tema, esta necesidad ontológica y deóntica podría ser traducida en las propias categorías del constitucionalismo con la fórmula siguiente: el Poder Constituyente originario (referido, en sentido propio, a la Constitución jurídica) está a cargo del poder constituido (entendiendo por “poder

constituido" el poder político ejercido y efectivamente vigente en la comunidad).

Tal principio se ve confirmado por la experiencia histórica. Ahora bien, ese refrendamiento empírico no se constata tan sólo en el periodo prerrevolucionario (o en los medios culturales ajenos a Occidente) en que monarcas y cenáculos de notables se han hallado investidos de la facultad necesaria para reformar la Constitución históricamente transmitida. Por el contrario, se observa idéntica realidad en el Occidente contemporáneo, y no sólo como privativa de la tradición británica, desde el medioevo hasta nuestros días, en la que la función constituyente ha estado en manos del Parlamento. En efecto, también en la órbita continental europea y en América (ámbitos de irradiación por excelencia de los principios del constitucionalismo revolucionario), son los poderes políticamente vigentes los que ejercen la función constituyente (reformadora desde luego, pero también originaria), tanto en periodos de crisis revolucionaria cuanto en periodos de normalidad institucional. Por tal razón en nuestros días, cuando el régimen político se funda en el sistema de partidos, se constata que son en general los cuadros dirigentes de los partidos políticos quienes materialmente detentan el efectivo ejercicio del Poder Constituyente. Es decir, quienes en definitiva resultan el sujeto del Poder Constituyente, en tanto poder político que establece y tutela —o, como reformador, modifica— la Constitución jurídica.

Bibliografía

- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, Roma, Leonina, 1894.
- ARISTÓTELES, *Politica*, Oxford, Ross, 1992.
- AYUSO TORRES, Miguel, *La filosofía política y jurídica de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, 1994.
- BELARMINO, Roberto, *De laicis, sive secularibus, Opera omnia*, T. III, París, 1870.
- BELLOC, Hilaire, *Historia de Inglaterra*, Buenos Aires, 1980.
- BEYME, Klaus Von, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Tübingen, 1968.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969.
- BILLOT, Louis, "Sobre el origen y las formas del poder político", en *Ethos* nos. 4 y 5, Buenos Aires, 1976/77.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, Frankfurt, 1986.
- BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, París, 1949.
- CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, 2001.

CASTAÑO, Sergio R., "Brève analyse de l'empire de la loi chez Aristote", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 83, n° 4, 1997.

_____, *Defensa de la política*, Buenos Aires, 2003 (bis). Buenos Aires, 2003.

_____, "Notas sobre el sujeto del poder político", en *Philosophica*, n° 18, Valparaíso, 1995.

_____, *Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual*, Buenos Aires, 2000.

CASTELLANO, Danilo, *De christiana Republica*, Nápoles, 2004.

DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado*, México, UNAM, 1946.

ELÍAS DE TEJADA, Francisco, "La causa diferenciadora de las comunidades políticas: tradición, nación e imperio", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXXVII, nos. 2 y 4, (1942).

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1993.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1993.

GRASSO, Pietro Giuseppe, "Potere costituente", in *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIV, Milán, 1985.

HAURIOU, Maurice, *Teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, 1968.

HELLER, Hermann, *La soberanía*, México, 1983.

_____, *Staatslehre*, Tübingen, 1983.

HENKE, Wilhelm, "Die verfassunggebende Gewalt in Lehre und Wirklichkeit", in *Der Staat*, Bd. 7, Heft 2, 1968.

_____, "Das Ende der Revolution und die verfassunggebende Gewalt des Volkes", in *Ausgewählte Aufsätze*, Rolf Gröscher und Jan Schapp-Hrsg., Tübingen, 1994.

ISENSEE, Josef, *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen, 1995.

KRIELE, Martin, *Einführung in die Staatslehre*, Hamburgo, 1975.

LASSALLE, Ferdinand, *Über Verfassungswesen*, Hamburgo, 1993.

LINARES QUINTANA, Segundo, *Sistema de partido y sistemas políticos*, Buenos Aires, 1976.

MESSINEO, Antonio, *Il potere costituente*, Roma, 1946.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Le costituzioni europee*, trad. S. Cotta, Milán, 1954.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, París, Goldschmidt, 1979.

MORTATI, Costantino, voz "Costituzione", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XI, Milán, Giuffrè, 1962.

_____, "La constituyente", in *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, t. I, Milán, 1972.

_____, *La costituzione in senso materiale*, Milán, 1940.

OTS CAPDEQUI, José Ma., *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, 1943.

PALACIO, Ernesto, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, 1949.

PANTOJA MORÁN, Diego, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, México, 1973.

PÉREZ SERRRANO, Nicolás, *Escritos de derecho político*, Madrid, 1984.

SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1993.

SAMPAY, Arturo E., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951.

_____, "La Constitución como objeto de ciencia", en *Constitución y pueblo*, Bs. As., 1974.

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlín, 1993.

SUÁREZ, Francisco, *Defensio fidei*, Madrid, 1965.

_____, *Disputación VII de legibus*, Madrid, 1975.

_____, *Tractatus de legibus*, Madrid, 1975.

VITORIA, Francisco de, *De potestate civili*, Madrid,
L. Alonso Getino, 1934.

II.
JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

1. Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución

Andrés Botero Bernal*

* Abogado y filósofo. Profesor e investigador de la Universidad de Medellín,
Colombia.

A. Resumen

En el presente texto se hace un análisis iushistórico de la defensa judicial de la Constitución, para denotar que ésta no se agota en los dos hechos fundacionales que la literatura especializada ha pretendido ver: Kelsen y *Marbury vs. Madison*. Entonces, se plantean otros fenómenos jurídicos que igualmente contribuyeron en la formación del control judicial de la Constitución. Además, se esboza una hipótesis en torno a la historia del control judicial de la Constitución, para ser debatida con los constitucionalistas dogmáticos.

B. Notas preliminares

Este texto es un resultado de los proyectos de investigación “La cultura jurídica en la Antioquia del siglo XIX” (Universidad de Medellín) y “El espacio tiempo vital de la historia del derecho en la América Latina contemporánea” (Universidad de Medellín-Colombia y el Instituto Tecnológico de Monterrey-México).

Todo texto entre paréntesis, en una frase entre comillas, es agregado nuestro. Los textos entre comillas de las sentencias del siglo XIX fueron actualizados al español contemporáneo.

C. Contenido

Si algo caracteriza el constitucionalismo de la posguerra es la defensa judicial de la Constitución democrática (Zagrebelsky, 2006; Ferrer, 2005; etc.), de manera tal que el Juez constitucional asume una función creativa, integradora, interpretativa e, incluso, negativa (como sería la posibilidad de excluir o inaplicar según el caso normas estatales si chocan con el mandato superior) de cara a la Constitución misma sin mayores intermediarios. Pero esta institución tiene su historia, lo que exige del iushistoriador hacer un ejercicio de memoria sobre ella (Petit, 2005), en un diálogo con el jurista constitucionalista, haciendo, pues, una historia de textos (Petit, 1992).

Entonces, en un diálogo bibliográfico con el jurista constitucionalista, se tiene que, en términos generales, éste recurre, al momento de fundar los antecedentes de la institución en comentario (práctica ésta —de buscar antecedentes— de poco buen recibo por parte de los iushistoriadores), a dos situaciones emblemáticas que devienen en hechos fundacionales, sin que ello implique que no fueran reales: Kelsen con sus tribunales constitucionales y el caso *Marbury vs. Madison* con su *judicial review* (Bielsa, 1958, 18-20; Sanín, 1971, 45-57; Ghigliani, 1952, IX y 9-53; Pereira, 1987, 244-247 y 251-256; Gozaíni, 1995, 80-89; Brewer-Carías, 1993, 21-23; Brewer-Carías, 1997, 126-129; Ayala, 1997, 933-936; Aragón, 1993, 1-3; etc.).

En relación con el primero de los hechos, la literatura de mis colegas constitucionalistas abunda en extensas referencias y elogios a textos y propuestas de Kelsen en torno a la necesidad de crear tribunales constitucionales

como mecanismos de defensa de la supremacía constitucional [en especial a su obra "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*" (1931), que sumada a su "*Staatsform und Weltanschauung*" (1933), dan forma a su postura en torno a los tribunales constitucionales, postura que se remonta, valga decirlo, a varios años antes (Kelsen, 1995; Neschwara, 2005; Walter, 2005)]. Es por ello que pueden encontrarse expresiones como las siguientes: "(Kelsen) saca del ámbito de la acción legislativa el examen de la constitucionalidad de las leyes" (Ghigliani, 1952, IX); "se le conceden las tareas de defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional especial, cuyo origen se encuentra en la obra jurídica de Kelsen" (Huer-tas, 1995, 171; en similar sentido: Pereira, 1987, 251; Fix-Zamudio y Valencia, 1999, 169-173 y 191-192; Fernández, 1999, 9-12); "tenemos por cierto que la dimensión exacta de esta disciplina (derecho procesal constitucional) comienza con Kelsen..." (Gozaíni, 1995, 83); etc.

Además, este suceso fundacional resalta la propuesta kelseniana en diversos aspectos:

- 1) Su debate con Schmitt (citado en múltiples oportunidades por el propio Kelsen en: Kelsen, 1995; Córdova, 2006, 47-68)
- 2) Su influencia en la justicia constitucional austriaca, reconocida por varios personajes de la época (Ejemplo: Eisenmann, 1928; Fernández, 1997, 73-81; Stourzh, 1989, 309-334), y checoslovaca
- 3) Su defensa de la constitucionalidad democrática del Reich expresada fundamentalmente en la Constitución de Weimar
- 4) La posible, pero muy atenuada, oposición que puede presentarse entre una defensa de un legislador negativo con la teoría pura del Derecho.

Con respecto al segundo acontecimiento fundacional (*Marbury vs. Madison*, 1803), es el propio Kelsen quien lo menciona en sus críticas a Schmitt (Kelsen, 1995); además, ya circulaban importantes estudios sobre el *judicial review* y, por ende, del caso *Marbury*, en la Europa de entreguerras (por ejemplo: Lambert, 1921) poniendo en comunicación los dos sucesos de los que se viene hablando. Súmese que la literatura Constitucional especializada en no pocas oportunidades ha resaltado la importancia de dicha sentencia en la configuración de un control judicial a partir de la Constitución (Ahumada, 2006, 109-150; Ackerman, 2006, 151-202), que logró para la tradición estadounidense un modelo en el cual es la *Supreme Court* "*the ultimate expositor of the constitutional text*" (*United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 616 n. 7, 2000) y que constituyó a los Jueces en poderes reales en la determinación de las decisiones estadounidenses a lo largo de la historia de este país (O'Connor, 2003; Roach, 2006; la típica crítica al *judicial review* por la ausencia de representación electoral en los Jueces, pero aplicado al caso británico, en: Tomkins, 2005).

No obstante, si se sigue el ejercicio de hacer memoria del control judicial de cara al derecho constitucional, habría que decirle al jurista constitucionalista que dichos hechos han tenido, a parte de otras funciones, una tarea silenciadora con otras instituciones y fenómenos jurídicos. Me propongo pues hacer memoria de otros asuntos, tales como: 1) El caso *Marbury vs. Madison* (1803) no fue una sentencia adanítica, es decir, sin precedente alguno. 2) En el interregno entre 1803 (USA) y 1919 (Centro de Europa), pasaron muchas cosas relativas al tema de nuestro estudio, especialmente en América Latina. 3) Algunos casos de decisiones judiciales

de constitucionalidad en Hispanoamérica, específicamente Colombia, México y Venezuela, anteriores a los tribunales constitucionales kelsenianos. 4) El ambiente jurídico previo y concomitante a Kelsen muy en favor de una defensa judicial de la Constitución.

Sobre el tema relativo al control judicial de la Constitución, razón tiene Prakash (2006, 1022-1023) al señalar que los más famosos debates sobre la supremacía constitucional son los hechos por los Jueces Federales, con casos tan renombrados como *Marbury vs. Madison*, *Dred Scott vs. Standford* (que merece un estudio aparte por ser caso de frontera entre diversas tendencias en el *judicial review*: Schwartz, 1993, 105-125), *Brown vs. Maryland*, y *Roe vs. Wade*, entre otros. Pero *Marbury* no fue el primer caso judicial de supremacía constitucional, pues ya había cierto ambiente institucional (no sólo judicial) favorable a tal medida. Bien podrían citarse algunos casos, como el debate sobre la constitucionalidad de la decisión de 1789 en torno a la creación de un *Department of Foreing Affairs*, las legislaturas de Virginia y de Kentucky que resolvieron la inconstitucionalidad de la *Alien and Sediton Acts*, y la contienda recogida en *The Federalist* [especialmente los No. 10, 37, 48 y 56, en los textos de James Madison y Alexander Hamilton (FOUNDING AMERICA, 2006, 485-492 y 519-524)] en torno al sistema de pesos y contrapesos como refinación al modelo de separación de poderes con el fin de evitar que un poder se superponga a los otros o que dos poderes se unan en contra del tercero (Bowman, 2005). Por su parte, Treanor (2005, 455-562) analiza 38 casos previos a la decisión de 1803, que marcaron un fuerte precedente de control judicial a la Constitución, concluyendo "*that judicial review was dramatically better established in the years before Marbury*

than previously recognized" (Treanor, 2005, 457; igualmente Blanco, 1998) e incluso Pereira y Ahumada, quienes señalan que Marbury dio inicio al *judicial review* en Estados Unidos, reconocen la presencia de circunstancias precedentes que marcarían indefectiblemente el camino tomado por Marshall en 1803 y continuado a lo largo de estos años en dicho país (Pereira, 1987, 245-246; Ahumada, 2006, 112 y ss; otros estudios sobre los antecedentes del caso Marbury: Fernández, 1997, 51-57).

En lo que respecta al interregno del siglo XIX, bien vale recordar que la jurisprudencia estadounidense avanzó considerablemente en lo que toca a un ejercicio de interpretación directa de la Constitución con implicaciones limitativas a la actividad estatal, asunto que analiza Frickey para el caso de las naciones indígenas (Frickey, 2005, 431-490). Ya, en lo que toca a la realidad hispanoamericana, debe señalarse que no fue poco lo que se hizo en este sentido, aunque no se trata de un control judicial en el sentido contemporáneo del término, pero sí algo a lo que debe hacerse memoria (sobre el caso europeo, hay varios trabajos constitucionales que indagan por instituciones, normativas, debates, etc., en los que se podría deducir algo interesante para una memoria de la justicia constitucional como el *jury constitutionnel* de Sieyès o las infracciones a la Constitución de Cádiz —Lorente, 1988—; véase la síntesis hecha por Fernández, 1997, 68-73; también: Dietze, 1957). En primer lugar, debo mencionar lo relativo al juicio de amparo mexicano, especialmente tal como se estableció en la Constitución del Estado de Yucatán el 16 de mayo de 1841, ampliamente analizado por varios constitucionalistas por su papel en el desarrollo de una aplicabilidad directa de ciertos derechos constitucionales a una (limitada) supremacía constitucional

(Fix-Zamudio y Valencia, 1999, 797-802; Eder, 1960, 570-615; etc.; no obstante, Fairén —1971— quiere ver —anacrónicamente— al “amparo” como fruto de la influencia de la firma y la manifestación del antiguo régimen aragonés). En segundo lugar, a pesar del asombro de no pocos colegas constitucionalistas, no es difícil encontrar diversas providencias judiciales del siglo XIX que citaban directamente la Constitución ya sea para limitar competencias estatales o para aplicar sus mandatos de manera inmediata (Restrepo, por ejemplo, compila diversos actos jurídicos y sentencias judiciales que aplican directamente las constituciones neogranadinas del XIX, para sugerir —algo apresurado, por cierto— la existencia de un control de constitucionalidad estricto: Restrepo, 2006; una conclusión similar tiene Molina, 2006, 173-196). Esto queda pues en evidencia con el siguiente caso: de 181 procesos judiciales transcritos tomados de una muestra aleatoria, correspondientes al periodo 1812-1899 de la provincia de Antioquia (Colombia), 10 citan directamente la Constitución en un punto de derecho. Estas citas de la Constitución en providencias o solicitudes, que no implican necesariamente una defensa de la supremacía constitucional (pues defender la juridicidad de la Constitución no supone indefectiblemente una supremacía constitucional, aunque esta última requiera de suyo una Constitución como norma jurídica), sí sugieren por lo menos una vivencia jurídica de la misma (“la Constitución vive en tanto se aplica por los Jueces” Couture, 1978, 95). Tales providencias y solicitudes son:

1. Solicitud de los Ciudadanos Miguel y Rafael Fernández para que se provea el pago de unos créditos asunto que el Fiscal recomienda siempre y cuando no se viole la Constitución vigente (Archivo

- Histórico Judicial de Medellín, Documento 3300, 1815).
2. Solicitud de Juan de Dios Uribe para que fuese eximido de un empleo concejil, 1825 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1825, Documento 361). Allí el ayuntamiento informa al Sr. Gobernador y Comandante de Armas de la elección de los alcaldes ordinarios conforme a la Constitución y a las leyes, a la vez que interpretan un silencio constitucional sobre el monto de los bienes que deben tener los escogidos para ocupar tal encargo.
 3. Proceso ordinario de queja del Sr. Cruz Muñoz contra el Alcalde de Quirimara, 1833, por “haber violado en mi persona la Constitución del Estado” al privarlo de la libertad en el cepo de la casa del Alcalde (Archivo Histórico Judicial de Medellín, sentencia 6735, 1833).
 4. Proceso ordinario de queja de Miguel Peláez contra el Alcalde de Titiribí, 1833 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1833). Allí se puede leer una misiva del Alcalde solicitando concepto letrado con base en lo ordenado por la Constitución.
 5. Incidente civil sobre intereses entre “Francisco A. Gónima y Pablo Pizano, José María Uribe Restrepo, José Antonio Gaviria y Manuel José Tirado fiadores de Manuel Latorre interventor que fue de la tesorería de hacienda de la provincia, Juez Letrado de Hacienda y de este circuito” (1845) donde una de las partes funda su alegato en la vigencia del artículo 158 de la Constitución vigente (“el libro santo de la Constitución”) sobre la sentencia del Juez de primera instancia, además de otras citaciones recurrentes a la Constitución en puntos de derecho (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 1473, 1845).

6. Juicio de responsabilidad contra José María Escobar porque “como Juez del Circuito de Sopetrán demoró un expediente”, para lo cual se anexa copia de la escritura de posesión que a su vez certifica la realización del “juramento constitucional de desempeñar bien y fielmente su cargo” requerido para posesionarse como Juez y secretario (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 1831, 1860).
7. En la “Articulación promovida por Miguel Jaramillo relativa al juicio que sigue contra Joaquina Upegui, tiene por objeto el que se declare ejecutoriada la sentencia de primera instancia” (Archivo Histórico Judicial de Medellín, documento 94, 1864), tanto una de las partes como el propio Tribunal citan la Constitución en sus fundamentos de derecho, especialmente para determinar la constitucionalidad o no de la retroactividad de la ley.
8. En el proceso por el delito de hurto (Archivo Histórico Judicial de Medellín, documento 2073, 1870), Reo: Rosa Chaverra, los testimonios y la indagatoria inician con fórmulas en las que se señala el respeto por mandatos constitucionales.
9. En la “Solicitud de Julio López en que pide se le rehabilite en los derechos políticos”, 1880 (Archivo Histórico Judicial de Medellín, 1880, Documento 936) se lee que los actos de testimonio y de indagatoria son regidos por fórmulas constitucionales que son de aplicación judicial.
10. Sumario para averiguar si el director del presidio y otros empleados del establecimiento han cometido algún delito, iniciado el 5 de enero de 1882 por la prefectura del departamento, donde se cita y se aplica directamente el inciso 4º, artículo 3o. del acto legislativo reformativo de la Constitución

del Estado, y en el cual a todos los testigos se les advierte de sus derechos constitucionales y se acatan las formalidades constitucionales para la indagatoria (Archivo Histórico Judicial de Medellín, Documento 4815 (2790), 1882).

Otro aspecto que se quiere destacar y que no podrá pasarse por alto es lo concerniente a la acción popular de inconstitucionalidad de los actos de las legislaturas provinciales —art. 113, ord. 8° de la Constitución venezolana de 1858— y luego sobre todos los actos jurídicos estatales —art. 110, ord. 8° de la Constitución venezolana de 1893 y art. 95 ord. 10° de la Constitución venezolana de 1904—, así como la aplicación preferente de la Constitución sobre la ley según el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil venezolano de 1897 (Brewer-Carías, 1996, 163-243; Brewer-Carías, 1997, 125-135; Ayala, 1996, 247-284; Ayala, 1997, 933-936); la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en la reforma constitucional de 1910 por medio de la cual se otorga a la Corte Suprema de Justicia en Colombia, la facultad de excluir del ordenamiento jurídico leyes que contraríen la Constitución, asunto que algunos juristas colombianos analizan con efusividad sentimental (por ejemplo: Rodríguez, 1927, 336-337; Yepes, 1956, 93-94; Uprimny, 1957, 16; Uprimny, 1971, 255-256; Henao, 1976, 58-59; Sanín, 1971, 109-118; Cifuentes, 1997, 473-474; etc.); y la acción de inaplicabilidad de una norma inconstitucional, así como la de nulidad de los actos jurídicos municipales contrarios a la Constitución, establecida en Panamá, en 1917 (Molino, 1998, 158-169); entre los casos más renombrados.

En relación con el contexto de la obra de Kelsen, pues debe señalarse que él si bien desempeñó un papel

crucial como organicista, no por ello puede afirmarse que no había, en la misma época otras melodías que con similar ritmo pero menor volumen retumbaban el escenario (algunas analizadas en: Cruz, 1987, Primera parte y 232-245). Recuérdese, por ejemplo, cómo el propio Kelsen se ocupó de la experiencia suiza del control federal de la legislación cantonal (Cruz, 1987, 49-70), o el caso de la Constitución republicana portuguesa anterior a Weimar. Rafael Bielsa, en la Argentina de 1935, escribía la primera edición de “La protección constitucional y el recurso extraordinario”, con una segunda edición en 1958 (Bielsa, 1958). Ya en 1915, en Montevideo, se conocía la obra de Jiménez de Aréchaga denominada “Sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales”. En Colombia circulaba una importante bibliografía que defendía y elogiaba la acción pública de inexecuibilidad (siendo un caso Rodríguez, 1927, 336-337). En España encontramos los trabajos de Pérez Serrano (“El proyecto de tribunal de garantías y el recurso de inconstitucionalidad” de 1933, así como “La Constitución española” editado en 1932), Fernández de Velazco (“Cuestiones prácticas. El Tribunal de Garantías Constitucionales” de 1933), De Arcaya (con “El tribunal de Garantías Constitucionales” de 1934), etc. En Alemania están los trabajos de Buhler, destacándose su análisis en favor de una justicia constitucional (“La Constitución alemana”, con traducción de Rovira Armengol, 1931). Súmese que llega a España e Hispanoamérica diversa bibliografía sobre el control judicial de la Constitución (siendo un caso interesante la lectura asidua de Holcombe con su texto “*State Government of the United States*”, editado en New York en 1916, etc.) junto a los textos que constituyen el debate Kelsen-Schmitt, a finales de la década del veinte y principios de la década del treinta (es el caso de

Sánchez Sarto quien traduce *Der Hüter der Verfassung* de C. Schmitt como "La defensa de la Constitución" en 1931, siendo editado en Barcelona; así como la amplia circulación de "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*" del propio Kelsen, editado en 1928), que ayudó a decantar la mirada que se tejía sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española de 1931 (Fernández, 1999, 9-10; Cruz, 1987, 309-317). Además, estamos justo en un periodo de reivindicación de la labor judicial frente a la crisis del código, que bien caía a cuento en defensa de un modelo de *judicial review*, lo que explica de alguna medida el éxito de la recepción de Geny (López, 2006, 7-28) y la naciente literatura sobre la jurisdicción constitucional (para Colombia, por ejemplo: Araujo, 1936). Bien podría seguir citando la recepción de textos concomitantes (y seguramente influidos por Kelsen), pero que nos dan la idea certera de que no se trató de un concierto solista del austriaco sino de toda una orquesta retumbando (por lo menos) en la Península y en Hispanoamérica.

En conclusión, este pequeño texto sirve para un doble propósito: continuar con una propuesta de lo que podría ser una buena iushistoria (ya sentada por Petit, por ejemplo) y dejar sentadas las bases para estudios posteriores sobre el tema del control judicial en el siglo XIX. Sobre lo primero habría que decir que el historiador del derecho, en su misión de hacer memoria, debe no solo dialogar con sus colegas de disciplina sino, ante todo, con los juristas dogmáticos, lo que exige entonces un ejercicio doble: de un lado hacer una ontología bibliográfica (conocer la esencia de los debates de otras áreas jurídicas contemporáneas) y de otro realizar una historia de textos, para así proponer una conexión entre el pasado de una institución, debate, normativa, etc.,

con el presente del dogmático. Esto supone pues concebir la historia del derecho como una disciplina jurídica (eso sí: la más jurídica posible) no fragmentada sino en comunicación con las demás, sirviendo así en su función de memoria más que de historia profesional.

Ya en lo que respecta a la defensa judicial de la Constitución, pues valga señalar que no puede pensar el colega constitucionalista que el control judicial contemporáneo estaba ya presente en el siglo XIX. Esto sería un cruel anacronismo que en no pocas oportunidades se disfraza (impunemente) en varios textos dogmáticos con el apodo de “antecedentes”. Sería más apropiado hablar, por lo menos en el caso colombiano, de mecanismos e intentos jurídico-políticos de garantizar cierta supremacía constitucional, mecanismos que no sólo abarcan la función judicial sino que se amplían a otras ramas del poder, pero de las que, por un problema de espacio, no las he comentado. Claro está que sí podrá hablarse en alguna medida de una defensa judicial de la Constitución a lo largo del siglo XX, pero volviendo al XIX existen casos interesantes de relación directa Juez-Constitución que si bien no constituyen una defensa judicial de la supremacía constitucional según el actual sistema hispanoamericano, sí son de relevancia para analizar esta institución. Pero a fin de cuentas, ese *judicial review* del XIX, con las limitantes de su época, va más allá del caso Marbury, tocando el amparo mexicano, la acción político-jurídica de la Constitución en la Hispanoamérica del XIX, la acción pública de inconstitucionalidad colombiana, etc. El hacer memoria hace necesario recordar estas cosas, así como no creer que la defensa judicial de la Constitución es un tema simple.

Entonces, proponemos a los constitucionalistas debatir con los iushistoriadores la siguiente hipótesis conciliadora de los actos fundadores con las otras realidades silenciadas: 1) El *judicial review* comienza en USA, a finales del XVIII y principios del XIX, como sistema de preferencia de la Constitución frente a la ley en un caso concreto y con alcance limitado. 2) Se expande por la Hispanoamérica del XIX fundamentalmente como mecanismo de protección a derechos civiles y de preferencia de la Constitución sobre la ley en casos concretos. Esta expansión puede rastrearse, aunque de manera más débil, en la Europa del XIX. 3) El proceso judicial constitucional de revisión de la ley y con carácter general (*erga omnes*) comienza en Hispanoamérica, especialmente en Venezuela y Colombia, lo que implica una supremacía constitucional en el más estricto de los sentidos. Pero... ¿se expandió esta propuesta en otras latitudes? 4) Los tribunales especializados de revisión de la ley y con carácter general emergen de las propuestas de Kelsen acordes con la época.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, "Marbury Versus Stuart", en: *Fundamentos*, No. 4.; 2006, pp. 151-202.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles, "Marbury Versus Madison, Doscientos años (y más) después", en: *Fundamentos*, No. 4, 2006, pp. 109-150.
- ARAGÓN REYES, Manuel, "El significado de la Corte Constitucional", en: CEPEDA, Manuel José (editor), *La carta de derechos: su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá: Temis, 1993, p. 1-11.
- ARAUJO GRAU, Alfredo, *Jurisdicción constitucional*, Bogotá, 1936, Tesis.
- AYALA CORAO, Carlos M., "Origen y evolución del control constitucional en Venezuela", en: AA.VV. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Medellín: Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de derecho constitucional, Asociación costarricense de derecho constitucional y Díké, 1996. pp. 247-284.
- AYALA CORAO, Carlos M., "La jurisdicción constitucional en Venezuela", en: GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 929-963.
- BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Jurisdicción de la Corte Suprema, 2ª ed, Buenos Aires, Desalma, 1958, p. 361.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998, p. 384.

BOWMAN, III, Frank O., "Mr. Madison Meets a Time Machine: the political science of federal sentencing reform", en: *Stanford Law Review*, Vol. 58, Número 1, octubre de 2005, pp. 235-266.

BREWER-CARIÁS, Allan R., "El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: una aproximación comparativa", en: CEPEDA, Manuel José (editor), *La carta de derechos: su interpretación y sus implicaciones*, Bogotá, Temis, 1993, p. 21-81.

_____, "El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela", en: AA.VV. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Medellín: Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, Asociación Venezolana de derecho constitucional, Asociación costarricense de derecho constitucional y Díké, 1996, pp. 163-243.

_____, "La jurisdicción constitucional en América Latina", en: GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F., (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 117-161.

BUHLER, Ottmar, *La Constitución alemana*, Trad. de Rovira Armengol, Barcelona, Labor, 1931.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en: GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 469-497.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, "La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt", en: *Cuestiones constitucionales*, No. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 47-68.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo I: La Constitución y el proceso civil, 2ª ed. Buenos Aires, Desalma, 1978, p. 95.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DE ARAYA, Francisco, *El tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus, 1934.

DIETZE, Gottfried, "Judicial review in Europe", en: *Michigan Law Review*, Vol. 55, febrero de 1957, No. 4, 1957, pp. 539 y ss.

EDER, Phanor J., "Judicial review in Latin American", en: *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 570-615.

EISENMANN, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1928, p. 363.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas-UNAM, 1971, p. 105.

FERNÁNDEZ DE VELAZCO, "Cuestiones prácticas". El Tribunal de Garantías Constitucionales, en: *Revista de Derecho Público*, T. II, 1933, pp. 234-236.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 133.

_____, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en: GARCÍA BELAUNDE, D. y FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 45-99.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Nota introductoria, en: AA.VV. *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa y UNAM, 1999, 1067 p.

FOUNDING AMERICA, *Documents from the Revolution to the Bill of Rights. Introduction and Notes by Jack N. Rakove*, New York, Barnes & Noble Classics, 2006, 646p.

FRICKEY, Philip P, "(Native)American Exceptionalism in Federal Public Law", en: *Harvard Law Review*, Vol. 199, diciembre de 2005, número 2, 2005, pp. 431-490.

GHIGLIANI, Alejandro E., *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1952, 133p.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos* (vínculos y autonomías), México, UNAM, 1995, 228p.

HENAO HIDRÓN, Javier, *Diez temas sobre la Constitución colombiana*, Bogotá: Temis, 1976, 150p.

HUERTAS CONTRERAS, Marcelo, *El Poder Judicial en la Constitución española*, Granada, Universidad de Granada, 1995, 258p.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino E., *Sobre inaplicabilidad de leyes inconstitucionales*, Montevideo, El siglo ilustrado, 1915, 261p.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, 82p.

LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 366.

LORENTE, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812: Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 423.

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, "El control constitucional colombiano del siglo XIX," en: BOTERO BERNAL, Andrés (editor), *Origen del constitucionalismo colombiano*, Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho, Medellín, Universidad de Medellín, 2006, pp. 173-196.

MOLINO MOLA, Edgardo, *La jurisdicción constitucional en Panamá*, Medellín, Diké, 1998, p. 620.

NESCHWARA, Christian, "Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse", en: PAULSON, Stanley und STOLLEIS Michael (eds.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 353-384 (Grundlagen der Rechtswissenschaft 3, ed. por Horst Dreier, Ulrike Seif y Michael Stolleis), 2005.

O'CONNOR, Sandra Day, *The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, 2003, 330p.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, 2ª ed, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1987, 349p.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución española*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

_____, "El proyecto de tribunal de garantías y el recurso de inconstitucionalidad", en: *Revista de Derecho Público*, T. II, 1933, p. 7 y ss.

PETIT, Carlos, "Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador", en: *Historia, instituciones, documentos*, No. 19, 1992, pp. 327-379.

_____, "De la historia a la memoria. A propósito de una reciente obra de historia universitaria", en: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de historia de la universidad*, 8, 2005, pp. 237-279.

PRAKASH, Saikrishna, "New Light on the decision of 1789", en: *Cornell Law Review*, Vol. 91, julio de 2006, Número 5, 2006, pp. 1021-1077.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, (compilador) *Control de constitucionalidad: Colombia y República de Nueva Granada, 1821-1860*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 459.

ROACH, Kent, *Dialogue or defiance: "Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States"*, en: *I-Con. International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 2, abril de 2006, 2006, pp. 347-370.

RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo, "Relaciones entre los poderes Judicial y Legislativo", en: RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo, *Por el reinado del derecho: escritos varios*, Bogotá, Imprenta de la Luz, 1927, p. 420.

SANÍN GREIFFENSTEIN, Jaime, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, Temis, 1971, p. 220.

SCHWARTZ, Bernard, *A history of the Supreme Court*, New York–Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 465.

STOURZH, Gerald, "Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie", en: Gerald Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Böhlau Verlag, Wien, Köln, 1989, pp. 309-334. (*Studien zu Politik und Verwaltung*, ed. por Christian Brünner, Wolfgang Mantl, Manfred Welan, vol. 29).

TOMKINS, Adam, *Our republican constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 156.

TREANOR, William Michael, "Judicial review before Marbury", en: *Stanford Law Review*, Vol. 58, Número 2, noviembre de 2005, 2005, pp. 455-562.

UPRIMNY, Leopoldo, "La jurisdicción constitucional de la Corte a la luz de la reforma constitucional de 1968", en: *Foro Colombiano*, Tomo V, Año 3, septiembre de 1971, No. 27, pp. 243-333.

_____, "¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?" en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 174, 1957.

WALTER, Robert, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien: Manz, 2005; (*Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, vol. 27), 2005.

YEPES, Jesús María, "Una política internacional para Colombia", *Universitas*, No. 10, Bogotá, mayo-junio de 1956; 1956, pp. 93-94.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "Corti costituzionali e diritti universali", en: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, No. 2, 2006, 2006, pp. 297-312.

2. Justicia Constitucional y Derechos Humanos no escritos*

Clicerio Coello Garcés **

* Conferencia pronunciada el día 4 de mayo de 2007, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas, en el Ciclo de Conferencias "Las Nuevas Perspectivas de la Justicia Constitucional", Casa de la Cultura Jurídica "Ministra Gloria León Orantes", Tuxtla Gutiérrez, Chiapas.

** Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesor del Instituto Nacional de Administración Pública, INAP. Asesor de la Presidencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Introducción

El modelo de Constitución que caracteriza al constitucionalismo occidental a partir de la Segunda Guerra Mundial, se distingue por su marcada tendencia a contener declaraciones de derechos humanos cada vez más amplias, e incorporar en su texto, principios y valores constitucionales propios del Estado democrático de derecho.¹

A lo largo de la historia, han emergido derechos humanos en la medida en la que surgen ámbitos del individuo que requieren de protección estatal, colmándose con ello, los vacíos que se generan por los nuevos supuestos derivados de la evolución social. El contenido amplio y creciente de las declaraciones de derechos y libertades en la segunda mitad del siglo XX nos indica que los derechos no siempre han estado ahí y que requieren de la acción del Estado para su reconocimiento, es decir, para incorporarlos al derecho positivo.

¹ En relación al creciente reconocimiento de derechos y libertades, véase DÍAZ REVORIO, F. Javier, "Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos", en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, F. Javier (Coordinadores), *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 231 y ss.

Las nuevas necesidades, los avances de la ciencia y la tecnología, así como las nuevas circunstancias sociales y culturales, hacen que se plantee la posibilidad de reconocer nuevos derechos humanos no contemplados expresamente en la Constitución. La ciencia y la tecnología tienen un desarrollo más ágil que el derecho, y éste último difícilmente puede prever a futuro todos los supuestos que van surgiendo producto del progreso de las sociedades y de sus factores.² Otras veces, el cambio en las circunstancias sociales lleva a la comunidad a que consideren que deben ser protegidas jurídicamente determinadas exigencias, que antes no merecían tal protección, como es el caso de los derechos medio ambientales.

Para responder a las nuevas necesidades que se van generando por el desarrollo de la ciencia, los avances de la tecnología, y la transformación de las circunstancias sociales, el Estado, a través del orden jurídico, debe llenar los vacíos que tales aspectos conllevan, a fin de evitar la incertidumbre entre los individuos y las instituciones, propia de la ausencia de protección ante los supuestos emergentes.

En este sentido, Eduardo Espín considera que la Constitución ha de conciliar la necesaria estabilidad con

² "Partiendo de la base de que es imposible que un sistema jurídico pueda prever todos los supuestos con necesidad de regulación, habrá que concluir que es innegable la existencia de casos no contemplados por el mundo del derecho", EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 526.

la posibilidad de adaptación a todas esas nuevas circunstancias y necesidades.³ Por otra parte, Luis Prieto afirma que la concreción más adecuada del concepto de derechos humanos será aquella que en cada momento mejor satisfaga los valores morales que están detrás de este concepto, y que lo preocupante de los nuevos derechos humanos, no es que obtengan un reconocimiento jurídico, sino que permanezcan en la nebulosa de la retórica política.⁴

La sociedad es un ente dinámico, y en la medida en que ésta evoluciona debe hacerlo también el derecho, en la búsqueda constante de la sincronía entre el orden jurídico y la comunidad objeto de su regulación. En materia de derechos humanos, es indispensable que el Estado reconozca derechos y libertades en aquellos supuestos que requieran de protección, preservando al individuo que interactúa en una sociedad cambiante, y en la que la libertad, igualdad y dignidad humana deben constituir los principios rectores.

Utilizaremos el término “derechos humanos no escritos”, para referirnos a aquellos derechos que no se encuentran de manera expresa en la Constitución o en la ley, y que constituyen nuevos supuestos que reclaman la protección del Estado, otorgándoles reconocimiento jurídico a través de la interpretación jurídica del órgano de control constitucional.

³ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Político*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

A. Las vías de reconocimiento de nuevos derechos humanos

El reconocimiento de derechos y libertades puede darse a través de dos vías: 1. La modificación del orden normativo; y 2. La interpretación jurídica.

1. La modificación del orden normativo.- El reconocimiento jurídico de los derechos se otorga usualmente por la vía de la positivización en el orden normativo, es decir, a través de la incorporación de nuevos derechos en la Constitución o en las leyes secundarias. El reconocimiento de derechos por medio de la reforma constitucional implica la modificación del conjunto constitucional preexistente, ya que al incorporar una norma nueva se tiene como resultado a un conjunto diverso, porque son diversos los elementos que la componen,⁵ es decir, la transformación de la Constitución misma.

La reforma constitucional requiere de un procedimiento agravado, en atención al principio de rigidez constitucional, lo que implica que la adecuación expresa de la Constitución a las nuevas realidades sociales sea un camino complejo sujeto al proceso legislativo y a la vicisitud política del órgano deliberativo. Por otra parte, la incorporación de nuevos derechos a través de las leyes secundarias, requiere de la intervención del legislador y de agotar el procedimiento establecido. En estos

⁵ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003, p. 43.

casos, se configura a los derechos con un reconocimiento en el ámbito de la ley, con valor jerárquico inferior con respecto a la Constitución; derechos reducidos tanto en el orden de jerarquía, como en los alcances de tutela de la jurisdicción constitucional.

2. La interpretación jurídica.- La interpretación es el elemento fundamental de la creación de derechos humanos derivados de una norma jurídica, ya que a partir de la norma, el intérprete podrá darle cobertura a determinados supuestos que se presentan al caso concreto y que reclaman la protección del Estado. Esta vía permite crear derechos que no estén mencionados expresamente en el ordenamiento jurídico, es decir, que no se encuentren previstos de manera concreta en la norma jurídica.

La vía interpretativa para otorgar el reconocimiento de derechos y libertades, requiere de ciertos elementos esenciales:

- a) Que la interpretación jurídica sea realizada por el órgano de control constitucional, generándose con ello criterios jurisprudenciales;
- b) Que la Constitución ofrezca un fundamento jurídico para el reconocimiento, aun cuando no declare al derecho de manera expresa, es decir, se requiere de un fundamento constitucional como elemento de apoyo interpretativo; y,
- c) Que el criterio de interpretación se constituya en fuente del derecho, a través de la jurisprudencia.

La jurisprudencia “es fuente del derecho, de ahí dimana su obligatoriedad”⁶ y “no hay razón para pensar que la Suprema Corte no pudiera ejercer la función de suplir las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo”.⁷ En este sentido, podemos afirmar que la jurisprudencia es fuente formal, material, directa e interpretativa del derecho; es fuente formal, porque se le equipara por su fuerza obligatoria con la ley, sin constituir una norma jurídica; es fuente material, en razón a sus funciones de suplir e interpretar la ley; es fuente directa, al colmar lagunas del derecho para resolver el caso concreto; y es fuente interpretativa, al esclarecer y determinar el significado de las normas jurídicas emanadas del legislador.⁸

La interpretación jurisprudencial como vía para el reconocimiento de derechos se ha consolidado en el constitucionalismo occidental, concibiéndose a la Constitución no sólo como un sistema de garantía, sino también como un sistema de valores, es decir, “una norma directiva fundamental”⁹ base de la generación de criterios interpretativos que se derivan de ella. De tal manera que, ha quedado superada la visión formalista radical de la aplicación estricta del derecho al admitirse

⁶ Tesis aislada, “JURISPRUDENCIA, CONCEPTO Y OBLIGATORIEDAD DE LA”, en *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo CXXIX, tercera parte, p. 28.

⁷ Tesis aislada, JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE SUBSANA LAGUNAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo V, segunda parte, enero a junio de 1990, p. 53.

⁸ En relación a la jurisprudencia como fuente del derecho, MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia en México*, México, UNAM, 2004, pp. 322 y 323.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000, p. 133.

criterios interpretativos que parten de la inclusión de un sistema de valores constitucionales. En este sentido, Luigi Ferrajoli considera que la jurisdicción ya no es la simple sujeción del Juez a la ley, sino también el análisis crítico de su significado como medio para controlar su legitimidad constitucional.¹⁰ Podemos afirmar entonces, que está rebasada la clásica fórmula que establece: “el Juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley”, dado que el Juez, en el caso concreto, realiza un ejercicio de ponderación y para resolver, utiliza a la Norma Suprema con los valores y principios ahí contenidos.

Se ha marcado en la actualidad una tendencia por la interpretación amplia, semántica y sistemática del Juez constitucional, de frente a la interpretación “literalista”¹¹ de la Constitución. Desde esa referida tendencia interpretativa, puede considerarse al sistema de valores como base de la interpretación, al menos en dos formas distintas: a) como presupuesto ideológico, resaltando al valor en contraste con el precepto constitucional; y b) como “uso social impuesto al significado del lenguaje”.¹²

Desde este enfoque, los derechos humanos no escritos constituyen la protección a las nuevas necesidades no previstas de manera expresa en el texto

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Debate con BACCELLI, L., BOVERO, M., GUASTINI, R. y otros, Madrid, Trotta, 2001, pp. 53 y 55.

¹¹ «El literalismo es una corriente de interpretación que estima que el lenguaje de la Constitución en sí mismo es lo único a lo que hay que atender», ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 91.

¹² ALONSO GARCÍA, Enrique, *op. cit.*, p. 92.

constitucional, pero que a partir de éste, alcanzan su reconocimiento constitucional por medio de la interpretación jurisprudencial.

B. Fundamento constitucional para reconocer derechos humanos por la vía de la interpretación

Como hemos mencionado anteriormente, el reconocimiento de derechos por la vía interpretativa requiere que la Constitución ofrezca un fundamento jurídico para ello, constituyéndose en el elemento de apoyo interpretativo indispensable para derivar de un precepto constitucional otros derechos humanos. El fundamento constitucional para el reconocimiento puede encontrarse de manera diversa dependiendo de las particularidades propias de cada ordenamiento constitucional.¹³

En términos generales, se distinguen al menos dos instrumentos de rango constitucional para el reconocimiento de derechos por la vía interpretativa:

1. La lista abierta de derechos.- En este supuesto, la Constitución contempla en su catálogo a una lista abierta de derechos y libertades, haciendo mención que los ahí establecidos no agotan la declaración de derechos reconocidos por la Constitución. Es decir, una declara-

¹³ En este sentido DÍAZ REVORIO, F. Javier, "Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos", *op. cit.*, p. 233, quien afirma que "en cuanto a los distintos fundamentos jurídico-constitucionales que pueden encontrarse, hay que decir que los mismos no son alternativos, sino compatibles entre sí, en la medida en que puedan encontrarse conjuntamente en un texto constitucional".

ción de derechos con el carácter de *numerus apertus*, previendo la posibilidad de que por determinados supuestos emergentes de la evolución social, los individuos reclamen la protección del Estado, y éste a través del órgano interpretativo, pueda dar cobertura a esas exigencias de tutela en atención al sentido no limitativo de los derechos enumerados en el texto constitucional.

Éste es el caso de la Constitución norteamericana que en su enmienda IX, de 25 de septiembre de 1789, considera que “la enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo”. Asimismo, la Constitución italiana, en su artículo 2o. establece, que “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre”. Ambos casos, dejan abierta la discrecionalidad del intérprete constitucional, para reconocer a partir de estos fundamentos jurídico-constitucionales nuevos derechos y libertades.¹⁴

2. Derechos derivados de la Norma Suprema.- La Constitución puede contener dentro de sus preceptos, determinados fundamentos jurídicos a partir de los cuales pueden derivarse nuevos derechos y libertades. Éstos pueden ser: a) Fundamentos generales; y b) Fundamentos específicos (no generales).

a) Fundamentos generales.- Los valores o principios contenidos en la Constitución son la base interpretativa para generar nuevos derechos humanos. La dignidad humana, la libertad, la igualdad, el pluralismo, la

¹⁴ En estos términos, DÍAZ REVORIO, F. Javier, “Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos”, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros reconocidos en el orden constitucional, se constituyen en fuente directa de derechos y libertades al momento en el que el intérprete constitucional da cobertura a determinadas exigencias de protección, a partir de la interpretación de algún valor o principio constitucional de manera amplia y coherente al caso concreto.

En este sentido, la Constitución española en su artículo 1o., párrafo 1, reconoce que los valores superiores del Estado son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político,¹⁵ mismos que han servido de base interpretativa para el Tribunal Constitucional, entendiéndolos como un sistema de valores supremos del constitucionalismo español. De manera semejante en Alemania, la Ley Fundamental establece el principio de libre desarrollo de la personalidad en su artículo 2o., párrafo 1, al afirmar que “todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad”; siendo éste el fundamento, para otorgar cobertura a los individuos en determinados supuestos que requieren del reconocimiento y protección del Estado.

El fundamento general de mayores alcances para el reconocimiento de derechos derivados de la Norma Suprema, es la libertad. La norma general de libertad, por su amplio contenido, puede dar cobertura a un cúmulo extenso de supuestos que reivindican protección, ya que dentro de la libertad en sentido genérico, se

¹⁵ Sobre los valores superiores en la Constitución española, véase DÍAZ REVORIO, F. Javier, *Valores Superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 135 y ss.

encuentran diversos derechos en estado embrionario que requieren de la interpretación jurisprudencial amplia y sistemática para nacer.

El amplio contenido de la norma general de libertad está implícito en su definición misma al entender por ésta que “lo que no está prohibido esta permitido”, de tal manera que no pueden restringirse las libertades de manera arbitraria, y desde esta perspectiva se puede afirmar que la norma general de libertad implica que “está permitido lo que no se debe prohibir”.¹⁶ De la libertad genérica se deducen, por un lado, todas las manifestaciones de la autonomía personal, y por el otro, una libertad general de actuación, que da cobijo a diversas manifestaciones del individuo, las que pueden ser reconocidas como derechos y libertades específicas a través del análisis interpretativo derivado de la norma general de libertad.

b) Fundamentos específicos.- En las Constituciones podemos encontrar derechos y libertades de contenido amplio, que ante determinados supuestos pueden —en virtud de su amplitud— darle cobijo a otras manifestaciones derivadas, aun cuando éstas no se encuentren literalmente comprendidas. Así, los derechos derivados de fundamentos específicos, constituyen manifestaciones no escritas que emanan de derechos expresamente reconocidos en la Constitución.

Para estos casos, cabe hacer mención de las nuevas manifestaciones o vertientes de un derecho humano,

¹⁶ Sobre la norma general de libertad, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

pues ello permite entender que éstas desde una “apreciación inicial no formaban parte del derecho; o simplemente, son manifestaciones que responden a necesidades y exigencias que no se habían planteado con anterioridad, pero que en un momento dado aparecen, y puede entenderse que están englobadas, o son consecuencia, de derechos concretos expresamente reconocidos”.¹⁷

De esta manera, podemos afirmar que una nueva manifestación sin reconocimiento expreso en el orden jurídico, puede encontrar en el derecho previamente establecido, un fundamento constitucional de manera implícita, logrando así su protección jurídica. Es decir, a través de la interpretación de un derecho de contenido amplio, se podría otorgar protección constitucional a una nueva manifestación del mismo, siempre y cuando se encuentre comprendida dentro de éste.

Entre algunos de los derechos de contenido amplio, podemos mencionar a la libertad de expresión, que al definirse como la libre manifestación de las ideas, contiene una consideración implícita de la libertad ideológica, misma que no encuentra por aparte un reconocimiento expreso como tal y de manera genérica en la Constitución Política de México. Al igual que en la libertad de expresión, la libertad ideológica encuentra un reconocimiento derivado en la libertad de escribir y publicar, en la libertad de cátedra e investigación, en la libertad religiosa, en el derecho a la no discriminación en razón a las opiniones y en la

¹⁷ DÍAZ REVORIO, F. Javier, «Tribunal Constitucional y Derechos», *op. cit.*, p. 236.

libertad de expresión de las corrientes ideológicas en la Cámara de Diputados.¹⁸

El mismo precepto que reconoce a la libertad de expresión, establece como límite de ésta, la no afectación de los derechos de un tercero, como podrían ser los relativos al honor y a la intimidad personal,¹⁹ que no están expresamente reconocidos en la Constitución, pero no por ello, tendrían que estar ausentes de protección constitucional.

C. Casos de derecho comparado

En algunos países se han dictado resoluciones jurisdiccionales a través de las cuales se establecen criterios de interpretación sobre derechos expresamente reconocidos, de los que se derivan por esa vía interpretativa los reconocimientos de derechos humanos que no se encuentran considerados a la literalidad en el orden jurídico.

Este es el caso de las resoluciones del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que a partir de la cláusula del debido proceso contenida en la enmienda V de la Constitución norteamericana —que inicialmente constituía un derecho de carácter procesal penal—, ha dado origen al reconocimiento de un derecho no escrito de grandes alcances, al que han denominado como el derecho de *privacy*, que “comprende de las más variadas

¹⁸ Artículos 1º, 3º Fracción VII, 6º, 7º, 24 y 70 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹ Artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

dimensiones de la autonomía personal".²⁰ El *privacy* es un derecho de amplio contenido por interpretación constitucional que a su vez da cobertura a diversas manifestaciones que requieren de la protección jurídica al caso concreto.²¹

El Tribunal Supremo ha considerado que con fundamento en la V enmienda de la Constitución norteamericana, y a partir del derecho de *privacy* en ella contenida, existen diversos derechos implícitamente relacionados con la privacidad y la autonomía personal tales como: el derecho al matrimonio, reconocido en los casos *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) y *Zablocki vs. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); el derecho a la inmunidad corporal, que protege al individuo de cualquier intromisión estatal en el cuerpo, en el caso *Rochin vs. California*, 342 U.S. 165 (1952); y el derecho a la procreación, en la resolución del asunto *Skinner vs. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley que establecía la esterilización forzosa para determinados delincuentes reincidentes, considerando que la procreación es fundamental para existencia y supervivencia de la especie humana, por lo que constituye un derecho básico de todas las personas.²²

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha considerado que el derecho reconocido

²⁰ DÍAZ REVORIO, F. Javier, "Tribunal Constitucional y Derechos", *op. cit.*, p. 238.

²¹ Sobre el reconocimiento del derecho de *privacy*, véase WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; así como, DÍAZ REVORIO, F. Javier, "Tribunal Constitucional y Derechos", *op. cit.*, pp. 237-240.

²² Diversos casos del Tribunal Supremo norteamericano pueden consultarse en CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Editorial Fraternal, 1987.

en su Ley Fundamental, artículo 2º, párrafo 1, que establece: “todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad”, constituye un derecho fundamental independiente y garantiza el derecho general de libertad.²³ Este precepto ha servido de fundamento para darle cobertura a supuestos no previstos de manera expresa por el texto constitucional, pero que se encuentran derivados o implícitamente comprendidos en el libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán, reconociendo las diversas manifestaciones del derecho a la vida privada y del derecho a la personalidad, ambos derivados por vía interpretativa del precepto constitucional antes referido. Han sido diversos los casos en los que este órgano de control de constitucionalidad se ha pronunciado por el reconocimiento de derechos derivados o no escritos.²⁴

El reconocimiento de derechos a través de la interpretación de las libertades que se encuentran previamente establecidas, en el caso alemán, ha dado cobertura inclusive, a manifestaciones de poca relevancia, por ejemplo: la libertad de alimentar palomas, considerándola una vertiente de la libertad general

²³ En relación a los criterios interpretativos del libre desarrollo de la personalidad en Alemania, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 267-373.

²⁴ Algunos de los casos del Tribunal Constitucional Federal alemán mediante los cuales se han reconocido derechos que se derivan del libre desarrollo de la personalidad: “BverfGE 34,238 (grabación de conversaciones privadas); BverfGE 35,202, caso Lebach (libertad de radiodifusión frente al derecho de la personalidad); BverfGE 27,1 (encuesta estadística con preguntas relativas a la vida privada)”, en DÍAZ REVORIO, F. Javier, “Tribunal Constitucional y Derechos”, *op. cit.*, p. 241.

de acción, aun cuando afirma el Tribunal Constitucional Federal que por su escasa importancia, pueden establecerse sobre ella prohibiciones que estarían justificadas por los intereses superiores de la comunidad.²⁵

D. Justicia constitucional y derechos humanos no escritos en México

En México, en determinados casos concretos, se han reconocido algunos derechos derivados o no escritos, a través de la interpretación constitucional que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableciendo para estos casos algunas tesis jurisprudenciales. Este Tribunal en su carácter de intérprete de la Constitución, ha logrado cubrir los vacíos generados por la ausencia de previsión del legislador sobre determinados supuestos, que emergen de la realidad social cambiante o del desarrollo de la ciencia.

Y aun cuando son escasos los criterios jurisprudenciales al respecto, existen algunos casos de relevancia para el reconocimiento de derechos humanos por la vía interpretativa. En este sentido, la Corte consideró en su momento, que de la interpretación armónica y

²⁵ BverfGE 54,143, este caso es citado por ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 347 y 348; quien al respecto afirma: "Ciertamente no es plausible considerar la alimentación de palomas como algo especialmente digno de protección. Pero, ello no justifica que se lo considere como algo que no merece protección alguna. Puede haber personas para quienes este tipo de actividades sea muy importante; más importante, quizás, que las acciones religiosas. Sin duda, de la importancia subjetiva no se sigue sin más la importancia desde el punto de vista de la Constitución; pero, la importancia subjetiva es relevante para la Constitución en la medida en que el respeto que ella impone de las decisiones y formas de vida del individuo exige que no se intervenga sin razón suficiente".

sistemática de diversos preceptos constitucionales, se desprende que el principio de presunción de inocencia se encuentra implícitamente contemplado en la Constitución Política, reconociendo el derecho del gobernado a no probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de actos constitutivos de delito. Así, a través de la tesis jurisprudencial **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL**²⁶ se argumenta la creación de un principio que

²⁶ El texto íntegro de la citada jurisprudencia es el siguiente: De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

no se encontraba previamente establecido, y se le reconoce como derivado de otros principios y derechos expresamente contenidos en el orden constitucional.

Por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte ha reconocido el derecho a donar órganos como una manifestación del derecho a la salud contemplado en el artículo 4º constitucional, al afirmar que la prohibición de llevar a cabo transplantes de órganos vulnera los derechos a la salud y a la vida, pues priva a los individuos de un medio apto para prolongar la vida o mejorar su calidad, de tal manera que cualquier persona “podría de manera libre donar gratuitamente un órgano, sin desdoro de los fines perseguidos por el legislador y por el precepto constitucional en cita”.²⁷

En caso diverso, la Primera Sala de la Suprema Corte, sostuvo que el derecho a solicitar la prueba del ADN se traduce de la interpretación de un cúmulo de derechos inherentes a las niñas y niños, tales como: a la identidad, a la familia, a solicitar y recibir información sobre su origen, a conocer la identidad de sus padres y a conocer su origen biológico;²⁸ derechos que se encuentran

Tesis jurisprudencial, Tribunal Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, agosto de 2002, p. 14, tesis P. XXXV/2002.

²⁷ Tesis jurisprudencial, TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, Tribunal Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, agosto de 2003, p. 54, tesis P. IX/2003.

²⁸ Tesis aislada, PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). EL ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, enero de 2006, p. 737, tesis 1ª. CCXVIII/2005.

expresamente establecidos en una ley del ámbito local, de los cuales se deriva por la vía interpretativa, otro derecho específico, pero implícitamente considerado en los mismos, otorgándole desde su reconocimiento determinada protección jurídica equiparable al rango normativo que tiene la ley de la materia.

Conclusión

Ante la imposibilidad de que el legislador pueda cubrir de manera anticipada todos los supuestos que se presentan de manera creciente, en la realidad social el Juez constitucional en su carácter de intérprete de la Constitución podrá ir colmando los vacíos legales, tomando como fundamento algún principio o derecho en particular, para que a partir de éste, otorgue el reconocimiento a determinados derechos humanos que aun cuando no se encuentran expresamente establecidos, son merecedores de protección constitucional.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- CORWIN, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Fraterna, 1987.
- DÍAZ REVORIO, F. Javier, "Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos", en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, F. Javier (Coordinadores), *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- _____, *Valores Superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Político*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1994.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Los sonidos y el silencio de la jurisprudencia en México*, México, UNAM, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

WOLFE, C., *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

III.
ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA

1. Interpretación de la Norma Jurídica

Luis Alberto Navarrete O.*

* Doctor en Filosofía y Humanidades; Catedrático de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Jefe del Área de Derecho y Humanidades de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.N.C.).

A. A manera de Introducción

El tema de la norma jurídica es una de las cuestiones centrales de la Ciencia del Derecho.¹ Derecho y norma se presentan como dos conceptos inseparables: el derecho es un sistema de normas y la norma el modo como se concibe y expresa el derecho.²

B. Concepto

Etimológicamente, la palabra *norma* proviene del latín *norma*, definida como instrumento para trazar ángulos rectos; es una metáfora para indicar los criterios impuestos por la potestad imperativa, en tanto los criterios en general, aunque no sean oficialmente imperativos, se llaman *reglas*, esto es, por metáfora del instrumento que sirve para trazar líneas rectas (*regula* en latín). La palabra *norma* aparece en el siglo IV d.C. para designar los reglamentos de los tribunos, pero se generalizó y difundió en nuestro siglo, por influencia

¹ NAVARRETE OBANDO, Luis Alberto, "Derecho y Sociedad", Cajamarca, Área de Investigaciones de la Universidad Nacional de Cajamarca, 2002.

² ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Lima, Liborio Estrada, 1972.

alemana.³ En sentido general es una regla de conducta obligatoria o no. La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictada por autoridad competente de acuerdo a un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción. Generalmente impone deberes y confiere derechos.⁴

A la “norma jurídica”, se le define como regla de conducta sancionada por el Estado, que establece derechos y obligaciones recíprocos. Son aquellas disposiciones que el poder público por medio de sus órganos legislativos señala como obligatorias a la obediencia general y, en caso de inobservancia, hace cumplir de acuerdo con los órganos judiciales. Defínase también como el conjunto de normas que una sociedad determinada se otorga, y son heterónomas, bilaterales, coercibles y exteriores.⁵

Se diferencia de otras normas de conducta en su carácter *heterónimo* (impuesto por otro), *bilateral* (frente al sujeto obligado a cumplir la norma, existe otro facultado para exigir su cumplimiento), *coercible* (exigible por medio de sanciones tangibles) y *externo* (importa el cumplimiento de la norma, no el estar convencido de la misma).

En las normas jurídicas, como expresan Aftalión y Vilanova⁶ con referencia a las normas éticas, la determinación deontica (debes hacer, o te está prohibido

³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Teoría General del Derecho*, Lima, Palestra, 1999.

⁴ NAVARRETE OBANDO, Luis Alberto, *Ibid.*

⁵ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Ibid.*

⁶ AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Bs.As.-Argentina, 1992.

hacer, o te está permitido hacer tal o cual cosa) se encuentra relacionada, en forma explícita o implícita, con una descripción de hechos (que constituyen la situación dada a la libertad como punto de partida). Toda norma es un compuesto de una expresión deóntica (prescripción), donde la última señala a la libertad un camino dado tomando en consideración la situación de hecho descrita en la primera. La decisión indicada a la libertad aparece relacionada o condicionada por una representación de la situación dada.

Por último, cabe mencionar también que los iusnaturalistas añadirán a la definición anterior la expresión *con miras al bien común*. Lo anterior es discutible, pues en tal caso, no se podría entender al Derecho romano, que contemplaba la esclavitud como un conjunto de normas jurídicas, lo que le quitaría el sentido al estudio de este derecho en los países de Derecho continental, así como el estudio de cualquier otro ordenamiento jurídico que tenga normas injustas.

C. Tipos de Normas

a) *Normas Religiosas*. Son preceptos dictados por Dios a los hombres, su violación está sancionada con el castigo en la vida eterna; su principal diferencia con la norma jurídica es la sanción, que siempre se aplicará hasta después de la muerte. b) *Normas Morales*. Conjunto de principios rectores internos de la conducta humana que indican cuales son las acciones buenas o malas para hacerlas o evitarlas. La moral sólo regula los actos internos, la causa psicológica que produce la conducta humana; su sanción se da con “el cargo de

conciencia". c) *Normas de Trato Social*. Conjunto de mandatos impuestos por el decoro, la colectividad o un determinado grupo; por ejemplo, la caballerosidad, el bien hablar, la etiqueta, etc.; su sanción será el rechazo o la aceptación del grupo.

D. Características de la norma jurídica

Existe una serie de características que hacen diferentes a las normas jurídicas de cualquier otro tipo de normas y nos permiten distinguir unas de otras. A continuación las analizaremos, tomando como punto de referencia principalmente las normas morales. Entre dichas características podemos señalar: a) *Heteronomía*. Significa que las normas jurídicas son creadas por otra persona distinta al destinatario de la norma, y, que ésta, además, es impuesta en contra de su voluntad; esta característica se opone a la Autonomía, que significa que la norma es creada de acuerdo a la propia conciencia de la persona, es autolegislación (darse sus propias leyes); b) *Bilateralidad*. Consiste en que la norma jurídica al mismo tiempo que impone obligaciones también concede derechos a uno o varios sujetos; c) *Facultad*. Posibilidad normativa que corresponde a un sujeto llamado pretensor para exigir una cierta forma de conducta, a un sujeto obligado y de acuerdo con los términos de una cierta norma; d) *Exterioridad*. La norma jurídica únicamente toma en cuenta la adecuación externa de la conducta con el deber estatuido en la norma, sin importar la intención o convicción del sujeto obligado; se opone a la interioridad, en la cual el cumplimiento del deber no se realiza sólo de acuerdo

con la norma, sino conforme a los principios y convicciones del obligado; y e) *Coercibilidad*. Esta característica consiste en que el Estado tiene la posibilidad de aplicar por medio de la fuerza física una sanción si la persona se niega a acatar la norma; a esta se le opone la incoercibilidad, que consiste en que la norma se ha de cumplir de manera espontánea, sin poder obligarse a las personas a que la cumplan por medio de la fuerza judicial. La sanción es un daño o mal que sobreviene por el incumplimiento de una norma y desde ese punto de vista todas las normas tienen sanción; sin embargo, sólo las jurídicas tienen esta característica de coercibilidad.

E. La interpretación de la norma jurídica

La aplicación del derecho y la interpretación. El derecho regula la vida en sociedad, aplicándose a los hechos producidos o derivados de las relaciones intersubjetivas con trascendencia jurídica. Esta regulación se realiza a través de la aplicación del conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho objetivo y positivo. La aplicación del derecho debe consistir entonces en la culminación de un proceso lógico mental que se da desde una regla general hasta la adopción de una decisión particular. La aplicación de las normas jurídicas se caracteriza, de este modo, como manifestación de la vigencia del derecho. Pero el supuesto de hecho de la norma es siempre de carácter general en relación a la descripción del hecho al cual habrá de ser aplicado; surge entonces la necesidad de subsumir

adecuadamente este último dentro de aquél, lo que se consigue a través de la interpretación.⁷

Las *normas jurídicas* en las que el Derecho vigente se encuentra plasmado, se expresan mediante el lenguaje, pero éste, al prescribir una norma, puede ser oscuro y/o dudoso, puede tener un trasfondo doctrinario y/o un sentido técnico, etc., en fin, puede en apariencia no expresar precisamente la voluntad del legislador, o puede incluso ser reproducción cercana o fiel de una norma extranjera, en cuyo caso es posible que ni el legislador supiera el sentido exacto y cabal de la norma que habría puesto en vigencia. Los hechos, a su vez, pueden ser tan variados y diversos que no se dejan prever total e inequívocamente por las normas jurídicas.⁸

F. Método Lógico

El Método Lógico es aquel que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma. Para Mario Alzamora Valdez, este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

En la utilización del Método Lógico, dice Luis Díez Picazo,⁹ se habla de la existencia de una serie de reglas como: el argumento *a maiore ad minus* (el que puede

⁷ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979.

⁸ VERNENGO, Roberto J., *La interpretación jurídica*, Técnica Editora, UNAM, 1977.

⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Ariel, 1975.

lo más puede lo menos); *a minore ad maius* (quien no puede lo menos tampoco puede lo más); *a contrario* (la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás); *a pari ratione* (la inclusión de un caso supone también la de un caso similar)

Víctor García Toma ilustra sobre otras tantas reglas interpretativas obtenidas de la jurisprudencia. Así, el profesor español declara que *es principio de derecho que toda interpretación o inteligencia que conduzca al absurdo debe rechazarse; "según este principio de derecho sancionado por constante jurisprudencia, donde la ley no distingue no cabe hacer distinción"; y estima que existiendo un precepto general y otro especial, éste ha de prevalecer sobre aquél.*¹⁰

G. Método Sistemático

El Método Sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema, principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema.

¹⁰ GARCÍA TOMA, Víctor, "En torno a la interpretación Constitucional", en *Revista del Foro*, Lima, Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXVI, No. 2, junio-diciembre, 1998.

Hans Kelsen, refiriéndose a este método, precisa que:

... si el autor de la norma no se ha limitado a ésta, sino que ha formado un conjunto de normas, el intérprete supone que aquél ha querido introducir un sistema dentro del cual esa norma no desentone; y por consiguiente, si la norma en cuestión no es clara en su enunciado, no se correrá ningún peligro desentrañando su sentido a la luz de los principios inspiradores del sistema que la contenga.¹¹

H. Método Histórico

Por el Método Histórico se pretende interpretar la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc.; Mario Alzamora Valdéz, quien identifica el Método Histórico con el de la exégesis —seguramente por tener ambos algunos rasgos de similitud— afirma que este método es aquél que tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por su parte, Claude Du Pasquier¹² explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley; los motivos que los han llevado a legislar y cómo se ha represen-

¹¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

¹² DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero SRL, 5ª edición, 1994.

tado la futura aplicación de los textos elaborados. A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el Poder Legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Son así estudiadas las exposiciones de motivos, los mensajes del Poder Ejecutivo, las cartas e informes de las comisiones encargadas, debates plenarios y todo aquello que ha precedido a la aplicación de la ley.

I. Método Teleológico

Este método en su denominación tiene el prefijo *tele* que significa *fin*. El Método Teleológico es, entonces, el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su *ratio legis*, es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo, del jurista Claude Du Pasquier, quien afirma que

... según el punto de vista en que uno se coloque, la *ratio legis* puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley.¹³

Otros autores, como ya habíamos advertido, entienden por este Método al Método Lógico o, por lo menos,

¹³ DU PASQUIER, Claude, *Ibid.*

entienden al Método Teleológico como parte de aquél. El último de los casos se advierte, por ejemplo, en el tratadista Víctor García Toma, quien al referirse al método lógico dice:

Es obvio, además, que cuando el legislador dicta una norma, persigue un fin, a cuya obtención encadena lógicamente el precepto. Por eso toda interpretación debe seguir las reglas de la Lógica. Y esto es algo que se admite desde siempre, siendo unánimemente aceptado.¹⁴

J. Método Empírico

Este es el Método atribuido a la Escuela de la Exégesis en sus inicios, el cual consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir, las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos; el recurso a obtener todo lo concerniente a la ley como dato empírico.

Hans Kelsen precisa, respecto a este método, lo siguiente:

El método empírico postulado por la Exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un 'repensar' algo ya pensado, según la fórmula de August Boeckh. Esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal. Esto último perseguía indudablemente consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador.¹⁵

¹⁴ GARCÍA TOMA, Víctor, *op. cit.*

¹⁵ KELSEN, Hans, *op. cit.*

K. Las doctrinas de la interpretación

Existe una gama bastante variada de doctrinas o teorías sobre la interpretación jurídica, pero entre las más conocidas y vinculadas o referidas a los sistemas normativos, bien para aplicarlos o para dejar de aplicarlos, tenemos las siguientes:

a) *La Teoría de la exégesis*. La Escuela de la Exégesis se basa en que la interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del derecho. Los exegetas sostienen que el derecho es la ley. La interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada.

Se ha afirmado reiteradamente que mediante la exégesis se procede a la interpretación del derecho a partir de un texto legal. Ariel Álvarez Gardiol,¹⁶ comentando sobre la exégesis, refiere que el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el jurisconsulto debe aplicar, no es meramente el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo.

Esta teoría dio lugar a un método que empezó a desarrollarse en Francia a principios del siglo XIX y hasta aproximadamente el año 1880, en que tuvo su apogeo; luego decae hasta más o menos el año 1900, siendo Francisco Geny quien se encarga de sepultarlo. Su desarrollo

¹⁶ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Argentina, Editorial Astrea, 1979.

se dio sobre todo en el campo del derecho privado y particularmente en el comentario al Código de Napoleón de 1804.

El jurista argentino Roberto J. Vernengo¹⁷ explica que el método exegético consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al Juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida. Ambos elementos —repertorio de recetas prácticas, confusión del derecho con la ley— autorizan, nos dice, ciertas críticas sobre las tesis, expresas o tácitas, que la exégesis francesa del siglo pasado (se refiere al siglo XIX) había sostenido sobre la índole o naturaleza del derecho, defendiendo bajo rótulos teóricos y metodológicos, ciertas notorias ideologías políticas, conservadoras o reaccionarias. Porque, en última instancia, la exégesis presupone un dogma; y este dogma, un tanto blasfemo si se quiere, postula la presencia real del legislador en la ley. Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador. El interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. Se supone así que, de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador.

¹⁷ VERNENGO, Roberto J., *La interpretación jurídica*, México, Técnica Editora, UNAM, 1977.

El tratadista alemán Werner Goldschmidt¹⁸ señala como notas distintivas de la Escuela de la Exégesis las siguientes: 1) El Derecho positivo lo es todo y todo derecho positivo está constituido por la ley; culto al texto de la ley; sumisión absoluta. 2) Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador. Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el derecho; el derecho está hecho. 3) Descubierta esa intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo; y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica. 4) Se niega valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan a través de la misma, mediante la analogía. 5) Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores. En suma, se atribuye al derecho un carácter eminentemente estatal: *Dura lex sed lex*. Las leyes naturales sólo obligan en cuanto sean sancionadas por las escritas.

Esta teoría, como habíamos aludido, fue duramente criticada por Francisco Geny. Al respecto Mario Alzamora Valdez precisa que Geny acusó que el principal defecto de la exégesis consistía en *inmovilizar el derecho*, mencionando también que adolecía de un desordenado subjetivismo y que como obra humana era incompleta y requería de otras fuentes del derecho.

b) *Teoría Dogmática*. La Teoría Dogmática no es reconocida por muchos autores que la tratan dentro y como

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, 1983.

la parte de la Teoría Exegética en la que predominó el racionalismo jurídico.

La dogmática, si es que no fue una corriente de pensamiento independiente, vendría a ser algo así como la etapa de apogeo de la exégesis que adquirió relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XIX y se caracterizó por su gran influencia racionalista. Se ha sostenido que mientras los antiguos exégetas recurrieron a la investigación mediante un método empírico, es decir, la recolección de datos empíricos para determinar las palabras de la ley y la voluntad del legislador como hechos, el dogmatismo o la exégesis ya desarrollada rechazó esta tendencia y propuso entender la ley no empíricamente, sino objetiva y sobre todo lógicamente, es decir, como razón.

Se ha dicho que mientras la exégesis persigue encontrar la interpretación correcta a través de la búsqueda de la voluntad del legislador, la dogmática persigue encontrar lo mismo en el propio texto de la ley.

c) *Teoría de la Evolución Histórica*. En el método de evolución histórica, sustentado por *Raymond Saleilles* en su *Introducción á l'étude du droit civil allemand* (Introducción al estudio de la derecho civil alemán), explica el Profesor Mario Alzamora Valdez, que la interpretación, en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin. La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, continúa explicando el maestro, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante progresivas modificaciones de la interpretación misma. Este método exige que se dote a los Jueces de amplias facultades y que a la vez

se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas merecen considerarse: la analogía, la conciencia jurídica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado, que señala pautas para la evolución del derecho nacional.

Partiendo de que toda ley tiene una finalidad, esta teoría intenta sostener que es a través de ésta que la ley puede correr paralelamente al continuo cambio del tiempo, adaptándose así a la nueva realidad social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales.

d) *Teoría de la Libre Investigación Científica*. No niega que la interpretación debe siempre primero buscar la voluntad del legislador, pero, en caso de lagunas en la legislación, el intérprete debe valerse de otras fuentes, como la costumbre, e incluso en la naturaleza de las cosas, mediante lo que él denomina la “libre investigación científica”.

Con el propósito de captar la voluntad del legislador, Mario Alzamora Valdez explica que, según esta teoría, el intérprete debe recurrir al: a) Método gramatical, con el fin de aclarar los textos; b) Deberá después apelar a la lógica, para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema; c) Si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, informes parlamentarios, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada; d) Siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales (la costumbre, la autoridad y la tradición) y, e) A falta de todo apoyo formal, para llenar las lagunas, queda el mérito de la *libre investigación científica*. Se denomina “libre” porque se encuentra

sustraída a toda autoridad positiva y científica, pues se apoya en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Werner Goldschmidt entiende que la más importante aportación de Geny al tema de la interpretación es su distinción entre interpretación en sentido estricto e integración. Por eso recalca que este autor sostuvo que si bien la interpretación de una norma debe inspirarse en la voluntad de su autor, si no hallamos norma alguna, entonces se procederá a la integración y a la creación de una nueva norma que ha de ser justa.

e) *Teoría del Derecho libre*. Tal como su denominación lo sugiere, esta teoría propugna la total libertad del Juez en la interpretación del derecho que deberá aplicar, a tal punto de poder hacer a un lado el derecho contenido en la norma jurídica (derecho positivo). Es decir, según esta teoría, los Jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas. El propósito que conlleva el proponer en favor de los Jueces estas atribuciones de total libertad e independencia respecto de la ley está dado por el anhelo de llegar a la justicia que muchas veces se pierde o distorsiona en los mandatos normativos provenientes del derecho positivo.

Esta teoría, según reseña Claude Du Pasquier, surge en medio de una gran protesta contra los excesos de la abstracción jurídica, mal que se agravó después de la entrada en vigencia del Código Civil alemán de 1900. Aparece entonces, en 1906, la obra *La Lucha por el Derecho*, escrita por el profesor Hermann Kantorowicz bajo el seudónimo de *Gnaeus Flavius*. Ariel Álvarez

Gardiol¹⁹ considera que esta tesis es definitivamente un giro hacia el voluntarismo. Entiende que es además también una resurrección del derecho natural, pero recogiendo la tesis de la escuela histórica que no admite el derecho natural sino sólo si detrás de él existe una voluntad, un poder y un reconocimiento.

Las ideas de Kantorowicz, Ehrlich, y otros propugnadores de esta teoría, son consideradas por Werner Goldschmidt²⁰ como un ataque frontal contra el positivismo jurídico. El jurista alemán cita, de la obra de Kantorowicz, el extracto siguiente:

Si la ciencia del derecho reconoce derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento.

Concluye su comentario Goldschmidt precisando que Kantorowicz combina tridimensionalmente la realidad social (el derecho libre) con las normas (el derecho estatal) y con la justicia.

¹⁹ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *op. cit.*

²⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*

f) *Teoría Pura del Derecho*. El jurista Hans Kelsen²¹ trata el tema de la interpretación en el Capítulo X de su obra *Teoría Pura del Derecho*. Para este autor la interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la Norma Superior a una inferior. Según Kelsen no sólo se interpreta cuando el Juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder Legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta Magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma jurídica es interpretada en la medida en que se descende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación.

Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la Norma Superior (debo entender la norma a interpretar) es un marco abierto a varias posibilidades (o, en todo caso, siempre por lo menos habrán dos) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

Finalmente, podemos mencionar, tal como ya habíamos referido, que Kelsen entiende que la interpretación es un acto de voluntad, pues la creación de la norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (la norma interpretada y aplicada).

²¹ KELSEN, Hans, *op. cit.*

Hasta antes de Hans Kelsen, escribe Ariel Álvarez Gardiol,²² se tenía la idea, según toda teoría de la interpretación, de para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería sólo de encontrar el método adecuado para dilucidarla. Continúa el autor argentino precisando que Kelsen, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición. Para Kelsen, dice Álvarez,²³ la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (elegida), en ningún caso pertenece a la teoría del derecho, sino a la política jurídica.

g) *Teoría Ecológica*. Ariel Álvarez Gardiol²⁴ explica esta teoría expuesta por Carlos Cossio, quien manifiesta que no es la ley lo que se interpreta sino, la conducta humana a través de la ley; partiendo del concepto de que el derecho es *la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia*, o, en menos palabras, *la conducta humana*. Entiende que éste es el punto de partida de toda elaboración de Cossío y el objeto del derecho.

Werner Goldschmidt,²⁵ en su comentario a esta teoría, considera que la teoría de Cossío tiene una doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma; la norma, dice Goldschmidt explicando

²² ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *op. cit.*

²³ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Ibid.*

²⁴ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Idem.*

²⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *op. cit.*

la teoría de Cossío, no es sino el medio, comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta. Lo que el autor alemán entiende es que lo que Cossío tiene en mente, cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no es en realidad la interpretación de la norma, sino su aplicación, puesto que mientras que la interpretación de la norma tiende un puente de la norma a la voluntad de su autor, la aplicación de la norma tiende un puente entre ésta y la conducta a enjuiciar.

L. La interpretación constitucional

Origen de la interpretación constitucional. Allí donde una norma ha sido prevista para ser aplicada, necesariamente habrá interpretación. De ahí que habiéndose inspirado nuestro derecho constitucional en la doctrina española, para la cual la Constitución es derecho, es norma jurídica que debe ser aplicada; entonces debemos concluir que existe obviamente, con mayor razón, una interpretación constitucional.

Por el Método de interpretación constitucional, los Jueces preferirán la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra norma en caso de incompatibilidad.

El método de interpretación constitucional presupone, entonces, que toda interpretación implementada conforme a los criterios y teorías ya desarrollados, se somete a lo establecido en la Constitución, es decir, deberá siempre preferirse la interpretación que sea conforme o más conforme a la Constitución. Así, si por su alcance

(ya sea por ser restrictiva o extensiva) o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre, claro está, que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución.

M. Conclusiones generales

1. La interpretación jurídica es de vital importancia, pues el derecho sólo puede ser aplicado tras ser interpretado. Por tanto, no puede haber Derecho sin interpretación;

2. La interpretación jurídica no sólo permite la aplicación del Derecho, sino que además va más allá: descubre su mensaje correcta o incorrectamente; le da su verdadero significado, alcance y sentido o se lo quita; lo acerca a la justicia o a la injusticia; y,

3. El desarrollo de tantos métodos para interpretar la norma, o el derecho en general, demuestra que el estudio de la interpretación nunca termina por descubrir, ni totalmente y de manera inequívoca, ni satisfactoriamente, el mensaje expresado en la norma; sólo aspiramos a aproximarnos lo más posible a esta meta.

Bibliografía

AFTALIÓN, Enrique R. y VILANOVA, José, *Introducción al Derecho*, Bs.As, 1992.

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Lima, Ed. Liborio Estrada, 1972.

DÍEZ PICAZO, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Ariel, 1975.

DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero SRL, 5ª edición, 1994.

GARCÍA TOMA, Víctor, "En torno a la interpretación Constitucional", en *Revista del Foro*, Lima, Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXVI, No. 2, junio-diciembre, 1998.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Buenos Aires, 1983.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

NAVARRETE OBANDO, Luis Alberto, *Derecho y Sociedad*, Cajamarca, Ed. Área de Investigaciones de la Universidad Nacional de Cajamarca, 2002.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Teoría General del Derecho*, Lima, Palestra, Ed. Editores, 1999.

VERNENGO, Roberto J., *La interpretación jurídica*, Técnica Editora, UNAM, 1977.

IV.

CONGRESOS ORGANIZADOS
POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE
CASAS DE LA CULTURA JURÍDICA
Y ESTUDIOS HISTÓRICOS

**A. Conclusiones y Clausuras
de Congresos Nacionales
organizados por la Dirección
General de Casas de la Cultura
Jurídica y Estudios Históricos,
en 2007**

**La Justicia Constitucional
en las Entidades
Federativas San Cristóbal
de las Casas, Chiapas**

Dr. César de Jesús Molina
Suárez*

* Director General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos.

Presentación de Conclusiones

Estimados congresistas:

El Estado mexicano desde su conformación, no ha quedado exento de la realidad social e histórica que lo caracterizan como país. La experiencia y la convivencia de la vida humana que lo componen, a través del enlace de fines y medios recíprocos, han sentado los principios necesarios para determinar paulatinamente su tipificación y, en consecuencia, su evolución.

La realidad social de nuestro país ha dejado clara su existencia como ser objetivo, pero a su vez con distintas características de subjetividad.

Desde el punto de vista ontológico, podemos decir que el Estado Mexicano existe en el tiempo y en el espacio, concebido por la conjunción de los elementos que lo integran y que además por su diversidad resulta complejo.

Por ello considero que a partir de foros de discusión como el que hoy culmina y en el que se tocaron diversos temas de Justicia Constitucional, se ha dado la

pauta para buscar una reorientación a la compleja problemática de nuestra realidad nacional.

Ahora sabemos que la Justicia Constitucional no puede reducirse a enunciados que se evocan para justificar o legitimar acciones de gobierno, pues ésta sólo es posible en la medida en que responda realmente a los requerimientos de una sociedad compleja como la nuestra, la cual también se encuentra en constante transformación.

Así, nuestro objetivo fundamental no puede ser sólo una simple manifestación de opiniones y propuestas, sino su aplicación para la mejora de nuestra vida democrática y eso sólo es posible en la medida en que analicemos y reflexionemos sobre la articulación real y concreta de la defensa de los derechos fundamentales, así como de la relación entre los diversos poderes.

Hoy en día no podemos quedarnos con la idea de que la Justicia Constitucional es un tema relativamente nuevo en la ciencia jurídica, toda vez que después del análisis, estudio y propuestas que derivaron de este foro, se nos han mostrado los enormes caminos que ha recorrido en su concepción, materialización e innovación, mediante los cuales, sin lugar a dudas, se han fortalecido los diferentes medios de defensa constitucional.

En tal virtud, el rol que desempeña la Justicia Constitucional es cada vez más importante en las sociedades democráticas, derivado de la enorme trascendencia que las decisiones jurisdiccionales tienen en la vida política, social y económica del país.

El sentido de la Justicia Constitucional representa un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando recae sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los derechos e intereses de las minorías políticas en la democracia representativa.

Una de las principales atribuciones de un Estado democrático-constitucional radica en crear los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia, por ende, en México, durante los últimos años se ha pretendido establecer un verdadero equilibrio entre los entes de poder, mediante lo cual se garantice el desarrollo y bienestar de la población.

Ahora bien, si el tema de Justicia Constitucional lo enfocamos, como se hizo en esta Cuarta Mesa redonda, a la naturaleza jurídica del Estado federal en el que se encuentra constituido nuestro país, resulta importante destacar cómo se ha ampliado la participación de las entidades federativas dentro del marco de creación de los sistemas para la defensa de los derechos fundamentales.

Lo anterior deriva de la estructura natural del Estado federal, la cual radica en la adecuada composición y distribución de los órganos que la integran. Asimismo, se nutre por dos principios esenciales, como son la autonomía constitucional de los Estados que lo conforman, así como la descentralización política, que supone un régimen especial de los poderes locales frente a los federales.

El Estado federal mexicano se ha creado en la Constitución y en ella se prevén dos sistemas de poder: la Federación y las entidades federativas, quienes cuen-

tan con una competencia y límites específicos y entre las cuales no hay subordinación, sino coordinación.

Por eso, es que hoy vemos con agrado y a partir de la participación de todos ustedes en este Congreso, que la esencia del federalismo en nuestro país empieza a tomar nuevamente su rumbo, pues se han planteado y generado la creación de instituciones y procesos dentro de las entidades federativas, que han aumentado la solución de los problemas de Justicia Constitucional en México.

Afortunadamente, el reparto de competencias entre la Federación y los Estados ya no obedece a una regla general determinada e impuesta, sino que se ha adecuado a la realidad histórica, política, cultural y social en la que vivimos, que además se ha nutrido y desarrollado con la toma de decisiones compartidas y mediante el respeto a la autonomía de cada entidad federativa por lo que toca a su régimen interior, toda vez que es uno de los atributos que constituyen la esencia y la razón de ser del sistema federal.

El correcto funcionamiento de la distribución de competencias en el Estado federal ha sido el equilibrio de los entes que lo componen y no sólo es un mandato constitucional para la distribución de funciones, sino también una garantía de que gozan los particulares para la defensa de sus derechos fundamentales.

En ese sentido, el sistema federal constituye una de las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, ya que se justifica en los principios básicos que construyen y definen la estructura política del país, así como para proteger y hacer efectivas las disposi-

ciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la finalidad de ofrecer estabilidad y permanencia a la Nación.

De este modo y como pudimos observar dentro de las mesas redondas que se presentaron en este importante foro de discusión, la Justicia Constitucional local es un tema de debate nacional, que busca dar un nuevo enfoque al federalismo, es decir, la posibilidad de que los Estados de la República puedan resolver sus problemas constitucionales en el marco de sus instancias jurisdiccionales.

Sabemos que en nuestro país por razones históricas, sociales y políticas, no se ha cumplido cabalmente con la naturaleza y esencia del federalismo, toda vez que el poder central ha mantenido en gran medida, entre muchas otras cuestiones, la unidad jurídica nacional, así como la interpretación constitucional.

Por ello, mediante este tipo de eventos en el que se integraron las diversas propuestas, mediante un análisis y discusión para el mejoramiento de la Justicia Constitucional local en México, se logró exponer la conveniencia de adecuar la Justicia Constitucional a la nueva realidad que estamos viviendo.

De esta manera, la doctrina constitucional local resulta de suma importancia en el avance de la democratización del ejercicio del poder, a través de Jueces constitucionales que salvaguarden el Estado de derecho y den solución a los conflictos internos de una entidad federativa, con la idea de que no sea el centralismo judicial el único que resuelva los problemas constitucionales.

En efecto, no cabe duda que la independencia y autonomía de la Justicia Constitucional local es un requisito fundamental para el asentamiento, desarrollo y funcionamiento del Estado de derecho a nivel nacional, indispensable para cualquier reforma que pretenda mejorar la administración de justicia.

La Justicia Constitucional en el ámbito de las entidades federativas debe organizarse de manera integral, armonizando las esferas de competencia federal con las locales, que no deben verse como extrañas y menos aún como adversarias, sino como complementarias.

En nuestros días, los Estados que forman parte de la federación en nuestro país, han trabajado con la certeza de que la Justicia Constitucional es un valor esencial para la convivencia social y para la preservación y fortalecimiento de la democracia, avanzando sustancialmente en la creación de una administración de justicia con elevados niveles de oportunidad, probidad, eficiencia y calidad, principalmente con absoluto respeto a los derechos humanos.

Por tanto, las nuevas propuestas para el desarrollo de las actividades jurisdiccionales en la esfera local, nos permite asegurar la legalidad, la equidad y la seguridad jurídica de la sociedad mexicana, lo cual apoya a fortalecer la administración de Justicia Constitucional, que motivan el respeto, la solidaridad y la confianza de la sociedad en sus órganos de gobierno, respondiendo así a las necesidades actuales del país.

Lo anterior demuestra que las entidades federativas no se han mantenido al margen ni han asumido una actitud de mera contemplación ante las circunstancias de la transformación social.

En ese orden de ideas, y como se hizo ver en las mesas de discusión que tuvieron lugar en este encuentro, podemos considerar que es momento de trabajar en varias opciones para equilibrar los mecanismos de control constitucional entre la jurisdicción local y la federal.

En tal virtud, para que se genere un auténtico sistema de distribución de competencias entre los diferentes niveles de protección constitucional, se requiere que cada uno de estos niveles cuente con autonomía para resolver los conflictos relativos a la aplicación de sus leyes, ya que sería difícil pensar en un federalismo funcional si no se cuenta con una estructura que haga realidad la independencia judicial en materia de control constitucional.

El federalismo judicial es ahora una exigencia para la conformación de un Estado democrático, que advierte, de manera seria y responsable la necesidad de un nuevo pacto federal y social, como un proyecto para el mejoramiento de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en México.

La mejor referencia a lo antes expuesto, ha sido esta Cuarta Mesa Redonda sobre *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*, en la que se plantearon los distintos problemas y soluciones que es preciso llevar a la reflexión en esta materia, mediante lo cual se pretende un progreso simultáneo y paralelo entre el Estado de derecho y el desarrollo del papel que juega la Justicia Constitucional.

No cabe duda que los objetivos de este foro se cumplieron gracias a la intervención y participación

de las diferentes instituciones y personas que en el ámbito jurisdiccional y académico contribuyeron en este intercambio de ideas, análisis, discusión y divulgación para el mejoramiento de la Justicia Constitucional local en México, en donde se lograron integrar propuestas que buscan constituir una ventana a la expresión de un fin común.

Sin más preámbulos daré inicio a una presentación de las conclusiones más importantes que derivaron de las ponencias de los distintos disertantes en cada una de las mesas de trabajo.

1. Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional en México

MESA 1

Iniciativa de creación de nuevos Tribunales Constitucionales en los Estados

Dr. Rafael Estrada Michel

El Dr. Rafael Estrada Michel presentó en su ponencia diversos temas trascendentales en torno a la creación de nuevos Tribunales Constitucionales en los Estados.

Desarrolló el concepto de la Justicia Constitucional, como el poder de expulsar del ordenamiento jurídico a las normas contrarias a la Constitución.

Citando a distinguidos tratadistas nos precisó que la nota característica del orden federal radica en la coexistencia de ordenamientos constitucionales en un mismo territorio. Con la particularidad de que al coexistir en un tiempo y un territorio determinado pueda ser revisable la actuación de un Tribunal Constitucional por otro de mayor jerarquía.

Dejó ver que si se considera que las constituciones de los Estados conforman un bloque de constitucionalidad, en ese sentido, el Tribunal nacional estaría llamado a controlar en su calidad de órgano integrante e integrador del orden jurídico, la constitucionalidad estadual o federal de cualquier ley que se expida en el territorio de la República.

A ese respecto señaló que en nuestra Constitución Política no se prevé de forma expresa que las Constituciones locales conformen la "Ley Suprema de la Unión".

Entre los puntos abordados en su ponencia, puso en la discusión la pérdida de conciencia normativa local, pues en forma casi absoluta las reformas y las iniciativas de reforma en materia constitucional local, subordinan a los ordenamientos rectores locales ante las autoridades federales.

Consideró que, bajo la premisa de que los Estados de la Unión tienen derecho a controlar la regularidad constitucional dentro de sus ordenamientos locales, se debe aceptar la característica normativa de sus textos constitucionales, donde la Federación no tenga competencia.

Como parte de su exposición, el doctor Estrada Michel se refirió al sistema jurídico alemán para ejemplificar la posible coexistencia de los tribunales constitucionales provinciales alemanes con el Tribunal Federal, recalcando la importancia en esa convivencia de herramientas procesales adecuadas.

Destacó que el modelo adoptado hasta el momento en las entidades de la Unión mexicana que poseen instituciones de control de la constitucionalidad local, incluyen a dichos tribunales en el Poder Judicial Local.

No dejó de lado la importancia del Amparo de la Unión, pues mientras otorgase un beneficio al ciudadano no perdería su vigencia, con lo que recalcó su idea de que “la Constitución se hizo para el hombre, y no el hombre para la Constitución”.

Aludió a que la problemática en el ejercicio de ambos sistemas de protección constitucional se presenta en

dar armonía a las diversas interpretaciones emitidas por esa clase de tribunales soberanos.

Asimismo, manifestó como un punto de referencia desconsolador, la falta de independencia de los Tribunales Superiores de Justicia locales pues siguen siendo controlados por los representantes del Ejecutivo local.

Trató el caso de los Estados de Tlaxcala y Veracruz, en el que se muestra un aliciente practicidad del sistema constitucional local, que contiene en su ámbito competencial, efectos generales y prevé la posibilidad de obtener la protección de la Justicia Constitucional local al demostrar un interés difuso.

Por último, resaltó que en algunos casos los instrumentos locales de protección constitucional se limitan a proteger los derechos.

Esta mesa contó con los interesantes comentarios del Diputado Fermín Gerardo Alvarado Arroyo, y fue moderada por el Doctor Carlos González Blanco.

MESA 2

Principios Constitucionales de la Justicia Electoral Estatal

Mgdo. Pedro Esteban
Penagos López

En esta ponencia el Magistrado Pedro Esteban Penagos López, nos permitió conocer su punto de vista acerca de la jurisdicción electoral y nos hizo ver su relevancia como pieza fundamental para el funcionamiento de los modernos Estados Democráticos de Derecho.

Así, nos mencionó que la función jurisdiccional en materia electoral es garante de las promesas democráticas establecidas en la Constitución Federal, por lo cual destacó la importancia del estudio y aplicación de los valores y principios constitucionales rectores de los actos emitidos por las autoridades en la materia electoral y que sirven como directrices para ajustar sus actos a la Norma Suprema.

Entre estos principios rectores previstos en la Constitución, nos enfatizó los de independencia, autonomía, legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza, definitividad de las etapas electorales, equidad en la contienda y acceso a la tutela judicial efectiva; además de otros principios de interpretación como el de *in dubio pro homine* o *pro libertate*, reconocidos en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano y aplicados en diversas ocasiones para resolver juicios.

En ese sentido, nos habló de la conformación de los órganos jurisdiccionales locales en materia electoral haciendo hincapié en los principios de autonomía e independencia, de donde se derivan interesantes interpretaciones que protegen la estabilidad en el empleo de los magistrados electorales locales, su ratificación, la protección a su remuneración durante el periodo de su encargo y la irreductibilidad del presupuesto.

Nos hizo ver que en integración de los órganos jurisdiccionales locales la autonomía e independencia judicial son una característica primordial de las autoridades electorales, pues aseguran que la justicia y la organización de las elecciones no estarán supeditadas a influencias, injerencias o presiones extrañas de los poderes jurídicos y fácticos y como ejemplos de la aplicación de este principio nos mencionó a:

- La Inamovilidad de los Jueces electorales locales y la posibilidad de ser ratificados; y,
- La facultad de los tribunales locales para presentar propuestas de ley en materia electoral.

En cuanto a la función jurisdiccional en materia electoral local, destacó los principios de legalidad, acceso a la tutela judicial efectiva y de interpretación constitucional, de los que hizo notar la existencia del control de constitucionalidad por parte de los tribunales electorales locales, pues, como mencionó el ponente, actualmente existe una tendencia a la proliferación de la inclusión del modelo de control constitucional en las entidades federativas para defender su propia soberanía estatal.

Asimismo, nos mencionó otros principios como el de administración de justicia pronta y expedita que se da en el derecho electoral al prevalecer en éste la concentración procesal y los procesos sumarios; además, también nos citó los principios de imparcialidad y objetividad.

En este contexto, nos refirió que estos principios constitucionales influyen decisivamente en la forma en que deben interpretarse las normas jurídicas que regulan los comicios locales, mismos que deben observar los tribunales locales, quienes no están al margen de esos contenidos.

Aunado a ello, el Magistrado Penagos nos mencionó que resultaba recomendable que los magistrados electorales de las entidades federativas supieran extraer valores y principios constitucionales, tales como el de *in dubio pro libertate* o *pro homine*; o el de *pro actione* y aplicarlos al momento de interpretar las normas locales, sin que pasara desapercibido que existían otros principios que para consolidar nuestro sistema democrático deben observarse a nivel estatal, como son los de voto libre y secreto, principio de autonomía y libre autodeterminación de las comunidades indígenas, principio de elecciones libres y periódicas, principio de no reelección y principio de no discriminación en razón de las preferencias políticas.

Finalmente, el Magistrado Penagos concluyó que debían tomarse en serio los principios constitucionales de la justicia electoral local, pues ello permitirá la conformación de un sistema más justo y democrático que satisfaga las necesidades político-jurídicas de los ciu-

dadanos y fortalezca nuestras instituciones. A esta interesante ponencia se hicieron comentarios del Doctor Carlos Axel Morales Paulin, del Doctor Francisco Martínez Sánchez, del licenciado Germán Froto Madariaga y fueron moderados por el Maestro Alfonso Oñate Laborde.

MESA 3

**La Codificación de la Justicia
Constitucional Estatal**

Mgdo. Carlos Arenas Bátiz

En esta ponencia el Magistrado Carlos Emilio Arenas Bátiz desarrolló este importante tema en el cual nos hizo ver que algunos aspectos de la codificación de la Justicia Constitucional estatal han frenado o dificultado el desarrollo de la Justicia Constitucional local en diversas entidades del país y para ello puso a nuestra consideración algunas propuestas de medidas colectivas.

Para empezar nos mencionó que si bien la adopción en Veracruz, en el año 2000, de un sistema estatal de medios judiciales de control de la constitucionalidad local despertó una gran expectativa de la Justicia Constitucional en el país, ante lo cual diversos Estados decidieron también legislar en esta materia, lo cierto era que actualmente esta inquietud vive una desaceleración.

Nos refirió que la idea de que si los Estados no incorporan en su derecho local, mecanismo judicial alguno para que sea el Poder Judicial del Estado el que garantice la vigencia de su propia Constitución estatal, ésta, de cualquier manera estará garantizada por el Poder Judicial Federal y el hecho de que no existiera una clara frontera y reglas que distinguiera entre la jurisdicción que en materia de control de la

constitucionalidad corresponde ya sea a los poderes judiciales y a los locales podía resolverse gradualmente.

En ese sentido, el ponente puso a nuestra consideración interesantes propuestas para que la Justicia Constitucional siga avanzando, y para ello, nos hizo notar que en México, debía codificarse la frontera y articulación entre la constitucionalidad general y la local, refiriendo al respecto que debía establecerse en nuestra Carta Magna, la Norma Constitucional general conforme a la cual, la citada frontera debería ser dibujada y la articulación instrumentada; así como establecer reglas específicas que desarrollaran esa regla general, en determinados casos concretos, mismas que podrían establecerse en las leyes o en la jurisprudencia.

Así, el ponente sostuvo que la Norma Constitucional que en términos generales marcara la frontera entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción local, debía fundarse en el concepto de régimen interior de los Estados.

Para ello, el Magistrado Arenas Bátiz nos propuso que debía incorporarse un último párrafo al artículo 105 de la Constitución Federal, en el cual se estipulara que las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, debían ser improcedentes respecto de actos, sentencias judiciales y normas, que exclusivamente pertenecieran al régimen interior de los Estados.

Asimismo, nos compartió su idea de que esta regla general se desarrollara mediante reglas específicas, mismas que podían ser precisadas por los legisladores

en las leyes o que pudiesen irse desarrollando en la jurisprudencia que definiera gradualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En ese sentido nos expresó que tales reglas específicas podían ser, entre otras:

- a) El que la defensa de los derechos fundamentales del individuo debiera corresponder originariamente a la jurisdicción constitucional nacional, en la medida en que tales derechos estuvieran garantizados en la Constitución Federal;
- b) Que sin perjuicio de lo anterior, convendría que la jurisdicción local, actuando como jurisdicción concurrente pudiera intervenir para garantizar estos derechos consignados tanto en la Constitución Federal como en la respectiva Constitución estatal, estando obligada a aplicar la jurisprudencia definida por el Poder Judicial de la Federación;
- c) Asimismo, que los Estados pudieran establecer derechos fundamentales nuevos o ampliar los previstos en la Carta Magna del país, caso en el cual, tales derechos fundamentales, deberían ser considerados como parte del régimen interior de la entidad federativa y su defensa correspondería exclusivamente a la jurisdicción local;
- d) Que atento a lo anterior, deberían considerarse impugnables ante la Suprema Corte de Justicia, vía controversia constitucional, o ante los Tribunales Colegiados de Circuito, vía amparo directo, aquéllas sentencias que hubiese dictado la jurisdicción estatal actuando como jurisdicción concurrente, al resolver juicios de constitucionalidad local en los que se hayan planteado violaciones a los derechos

fundamentales o garantías individuales, con excepción de las sentencias locales que declaran derechos fundamentales adicionales o nuevos, y que por lo tanto sólo pertenecen al régimen interior del Estado.

- e) Y otras directrices más, que resultan muy interesantes y novedosas.

Finalmente, el Magistrado Arenas Bátiz, nos compartió la propuesta de que en aquéllos Estados en los que no se ha regulado un sistema de Justicia Constitucional local, el Poder Judicial Federal debía tener competencia subsidiaria para intervenir y resolver los conflictos de constitucionalidad local, perteneciente al régimen interior de tales Estados, misma que dejaría de tener efecto, tan pronto como la respectiva Entidad legislara un sistema para defender su propia Constitución local.

La ponencia recibió los atinados comentarios del Magistrado Osmar Armando Cruz Quiroz, del Magistrado Casto Domínguez Bermudez y del licenciado Rafael Coello Cetina.

MESA 4

El desempeño de la Justicia Constitucional Estatal

Dr. César Iván Astudillo Reyes

El doctor César Iván Astudillo Reyes, realizó en su ponencia un estudio sobre el desarrollo de la Justicia Constitucional en las entidades federativas, en donde se refirió en primer lugar a los orígenes de estos sistemas de regulación que se suscitó con la reforma constitucional del Estado de Veracruz, pionera en la incorporación de mecanismos de “autogarantía constitucional” que convirtió a su Constitución local en una verdadera Norma Fundamental de garantía exigible a través de mecanismos de naturaleza procesal.

Relató las peculiaridades del desarrollo de la Justicia Constitucional en distintas entidades de la República, y reconociendo la existencia de un sistema de Justicia Constitucional integral basado en una función estatal específica y llevado a cabo por órganos particulares mediante el empleo de instrumentos procesales específicos, comentó que se han ido extendiendo en diversos Estados de la República atribuciones de control de constitucionalidad en un entorno en el que no se verifica una distinción clara entre lo que representa la jurisdicción constitucional por un lado y la jurisdicción ordinaria por el otro.

Su ponencia abordó la problemática de la Justicia Constitucional local desde el desarrollo de los dife-

rentes obstáculos que se interponen para una adecuada constitucionalización de la justicia local en ese rubro.

Hizo alusión al serio problema de cultura y análisis jurídico que impide incluso a los operados jurídicos más calificados advertir una elemental distinción entre los ordenamientos jurídicos que conforman el sistema jurídico mexicano.

En su estudio, expresó que en todo Estado federal deben coexistir dos sistemas constitucionales, el primero de ellos general y el segundo estatal, que sentarán las bases para la organización política y social en determinados ámbitos de validez.

Manifestó que su distribución competencial consiste por un lado en que la extensión del nivel de autonomía local viene detallada en la Constitución estatal, y por el otro la determinación de las competencias y atribuciones del ámbito federal está determinado por la Constitución General. En ese orden de razonamiento, los mínimos que las constituciones estatales deben salvaguardar se encuentran expresamente establecidos en la Constitución Nacional.

En torno a dichos razonamientos, el Doctor Astudillo se refirió al problema de la falta de homogeneidad en los sistemas de control de las constituciones locales.

Destacó y desarrolló un estudio entre los siguientes puntos de diferencia:

1. El sistema de Justicia Constitucional establecido y la familia a la que pertenece.

2. El órgano que administra Justicia Constitucional.
3. El parámetro de constitucionalidad que se utiliza.
4. La extensión del objeto del control.
5. La determinación de las garantías judiciales.
6. Los instrumentos procesales de control.
7. Las modalidades de acceso al órgano de control.
8. Los efectos de las sentencias constitucionales.

Comentó que el peligro sustancial de dicha diferencia entre sistemas jurídicos arroja que en algunas entidades los gobernados adquieran o gocen de mayores o menores garantías que en el resto de los Estados, sin dejar de lado que con ello también se deja ver que las entidades federativas están ejerciendo los márgenes de autonomía que les garantiza la Constitución General.

Asimismo, en su exposición contamos con comentarios sobre las deficiencias “orgánicas” en el diseño institucional. Como ejemplo de ello se refirió al procedimiento de omisión legislativa estatuido en Chiapas, del cual, más que fungir como medio de provocar el cumplimiento de los mandatos constitucionales en torno a la emisión de leyes; dijo que sirve de apoyo al proceso legislativo, ya que tiene el objeto de que las iniciativas legislativas presentadas a trámite no se dejen archivadas en el olvido, o congeladas.

Otro ejemplo aludido, fue el de Coahuila en donde se presenta una incompatibilidad del sistema difuso y concentrado, y la ampliación del objeto de control en la acción de inconstitucionalidad local.

En ese tema mencionó que existe un control concentrado en manos del Tribunal Superior de Justicia y uno difuso en poder de todos los Jueces y tribunales de la

entidad, por virtud del cual pueden desaplicar normas al caso concreto por considerarlas inconstitucionales.

La problemática apareció con la Ley de Justicia Constitucional local expedida en julio de 2005,¹ en donde se incorporó la “cuestión de inconstitucionalidad”, instrumento que es típico de los sistemas concentrados, cuya función es justamente servir de puente de comunicación entre los Jueces ordinarios y los constitucionales, allí donde aquellos no pueden participar en el control de constitucionalidad.

Como idea trascendente mencionó que esa misma reforma amplió el margen de procedencia para las acciones de inconstitucionalidad, pues a partir de esa fecha dentro de esos medios de control se pueden impugnar las “omisiones legislativas”, con lo que choca frontalmente con su característica esencial de que se ejercitan frente a la existencia de normas, pero que difícilmente pueden implementarse frente a la ausencia de estas.

Al referirse al problema de las deficiencias “procesales” en el diseño institucional, mencionó que este no se refiere en exclusiva al diseño orgánico de la Justicia Constitucional local, sino al diseño legislativo de la secuela procesal dentro de cada uno de los instrumentos de garantía. Como problemática importante se refirió al la Ley del Juicio de Protección de los Derechos Humanos, en el Estado de Veracruz, pues no se prevé un medio

¹ Publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, decreto 419, el martes 12 de julio de 2005.

para que el Juzgador suspenda los actos reclamados, cuestión que frena de manera importante la consolidación de dicho instrumento procesal.

El estudio al que nos referimos también aborda el tema de los problemas que se encuentran en el desarrollo normativo de la Justicia Constitucional local, y se menciona en cuanto al tema que se observa un desempeño en ocasiones escaso y a veces inexistente por parte del legislador local, al no demostrar un interés en emitir las normas respectivas que fortalezcan la Justicia Constitucional local.

Reconoció la importancia de que existan abogados competentes para obtener un funcionamiento adecuado de los mecanismos de Justicia Constitucional Local y, sobre todo, para impulsar el desarrollo una verdadera teoría de la Constitución, dejando en ellos la responsabilidad de proponer temas y problemas, argumentos y justificaciones al Juez, para intentar persuadirlo del sentido que le han conferido a una determinada prescripción.

Lo anterior, también lo relacionó con la escasa doctrina jurídica mexicana que existe en cuanto al tema, pues tal circunstancia no permite que se analicen los requerimientos de cada entidad federativa y estas a su vez se doten de sus propios mecanismos de tutela Constitucional.

El Doctor César Astudillo aludió a un criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al reconocimiento de la protección constitucional estatal en el Estado de Veracruz, sólo en cuanto a las garantías

establecidas en su Carta Magna, dejando al más Alto Tribunal del país la defensa de las prerrogativas previstas en la Constitución General.

La ponencia propuso no perder de vista la diferencia entre órdenes jurídicos, advirtiendo que el constitucional contiene el mínimo de derechos exigibles en el Estado mexicano, siendo función de los órdenes locales acometer a su enriquecimiento y a la elevación de su nivel de protección, aún tratándose de un derecho que sea la fiel trascripción de uno ya reconocido a nivel federal.

Para finalizar, se comentó sobre las garantías protegidas por los órdenes de justicia de referencia que en el supuesto que exista un derecho a nivel local que no se encuentre reconocido a nivel constitucional es obvia la competencia exclusiva de la jurisdicción local.

Tratándose de las denominadas “garantías individuales”, su aplicación no puede compartirse entre la doble jurisdicción existente, correspondiendo únicamente al Poder Judicial de la Federación, pero sin que ello impida que los tribunales estatales puedan interpretar la Constitución a partir de la jurisprudencia de los tribunales de la federación.

Así, el reconocimiento de una multiplicidad de sistemas de derechos, de igual número de sistemas locales de protección y de niveles diferenciados de protección constitucional forma parte del debate recientemente abierto sobre el “federalismo judicial”, pues el fortalecimiento de la autonomía estatal es el tema que se

ubica como punto de partida y de llegada dentro de toda esta discusión.

Esta ponencia fue enriquecida por los comentarios del Dr. David Cienfuegos Salgado, del Maestro Carlos Báez Silva y del licenciado Ricardo Morales Carrasco y como moderador el Magistrado Juan Luis González Alcántara y Carrancá.

MESA 5

La Protección de los Derechos Políticos en el Estado

Mgdo. Manuel González
Oropeza

El distinguido Magistrado Manuel González Oropeza, hizo referencia en su ponencia a los principios constitucionales en materia electoral, en donde destacó que a partir de 1977, la Constitución mexicana ha reconocido a los partidos políticos y su papel en las elecciones, definiendo a los procesos electorales como una función de Estado.

De igual manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que para el análisis de toda ley electoral se debe acudir a interpretar los principios rectores y valores democráticos previstos en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución Federal.

Se dice en la exposición que, la Ley Fundamental requiere que nuestra República sea Federal, es decir, que los Estados sean libres y soberanos en su régimen interior, el cual se ve plasmado en sus respectivas Constituciones y requiere a su vez que la celebración de sus elecciones sigan los mismos principios que la Constitución General señale, sin detrimento de otros más.

En torno a estas ideas identificó 17 principios contenidos en la Constitución Federal, que los Estados de la Federación reconocen en términos similares:

1. Constitucionalidad
2. Legalidad
3. Imparcialidad
4. Objetividad
5. Certeza
6. Independencia
7. Definitividad
8. Igualdad
9. Publicidad
10. Audiencia
11. Gratuidad
12. Equidad
13. Profesionalismo
14. Excelencia
15. Honradez
16. Proporcionalidad en la representación poblacional
17. Representación proporcional

También existen otros principios que pueden encontrarse en las constituciones estatales que lo están en el ámbito federal:

Como lo son:

1. Baja California; Concentración procesal, Economía.
2. Coahuila; Racionalidad, Fidelidad
3. Jalisco; Proporcionalidad.
4. Sonora; Alternancia de género.

En su exposición, el Magistrado Oropeza, aludió a la existencia de derechos civiles y políticos que se encuentran las constituciones estatales encuadrándolos en las siguientes categorías:

1. Derecho de petición, iniciativa de leyes, de referendo y plebiscito

2. Equidad de género, tanto para ocupar cargos públicos, como para fungir como candidatos de los partidos políticos

Al respecto, declaró que resulta claro que los derechos políticos pueden ser reconocidos como garantías en las constituciones estatales. Según la interpretación del artículo 1o. de la Constitución Federal que prohíbe que las garantías individuales consagradas en ella puedan ser restringidas o suspendidas en términos distintos a su texto, los Estados de la República han regulado los derechos de sus habitantes con plena responsabilidad, ya que el reconocimiento de los mismos no es facultad exclusiva de ninguno de los ámbitos de gobierno, sino una facultad concurrente de todos.

Como derechos de naturaleza política especificó los siguientes:

1. Solicitar la celebración de referendo, plebiscito y/o iniciativa popular.
2. Derecho de petición en materia política, ejercido de manera respetuosa y pacífica.
3. Derecho a exigir a los servidores públicos electos el cumplimiento de sus promesas de campaña.
4. Derecho a fomentar y ejercer los instrumentos de participación ciudadana que establezca la ley.
5. Derecho de preferencia para ocupar cargos públicos, e igualdad de circunstancias y cumpliendo los requisitos de ley.
6. Derecho a desempeñar los cargos electorales que se les asignen.
7. Derecho a tomar las armas en la guardia nacional.

8. Derecho a desempeñar cualquier empleo con equidad de género.
9. Derecho a votar en el extranjero.

En cuanto, a este tipo de derechos el Magistrado Oropeza, también nos comentó algunas reflexiones sobre los juicios de protección de derechos políticos de los ciudadanos en las entidades federativas

Como complemento necesario del anterior catálogo de derechos políticos, algunos estados protegen con medios de impugnación locales tales derechos a sus ciudadanos.

Esta ponencia fue enriquecida con los comentarios del Doctor Héctor Rivera Estrada, de la Doctora Paula García Villegas y de la Magistrada Nayibe del Carmen Valencia Sansores, Moderados por el Magistrado Jorge Meza Pérez.

Conferencias Magistrales

Es importante destacar la distinguida participación en esta Cuarta Mesa Redonda, de la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quién en su conferencia magistral nos desarrolló con la claridad, orden y precisión que la caracterizan, el tema medular de este evento y del cual se tomó su nombre: la Justicia Constitucional en las Entidades Federativas.

De igual modo, nos fue grato tener la oportunidad de escuchar la conferencia magistral pronunciada por el señor Ministro Sergio A. Valls Hernández, que nos aportó dentro de este foro sus inigualables comentarios acerca del Control Local de la Constitucionalidad y nos dejó propuestas y alternativas de mejoramiento en esta materia.

Podemos concluir que la discusión en las mesas de trabajo originaron diversos puntos importantes de reflexión, derivados de los cambios que a través del tiempo van sufriendo las estructuras sociales y políticas de toda comunidad organizada, que han motivado como consecuencia necesaria que aquellas instituciones que originalmente les servían de sostén, requirieran de innovaciones normativas que actualicen sus sistemas para que funcionen conforme a las necesidades de nuestros días. Es decir, detrás de cada acción política debe haber

una concepción del Estado que sirva de sustento para darle sentido y definirlo de acuerdo a las luchas sociales y políticas.

Toda concepción del Estado contiene diversos elementos teóricos que muestran las tendencias sociales en la conformación y desarrollo de las instituciones políticas y sobre todo en el ejercicio del poder político en la sociedad.

De esta manera, con el análisis desarrollado respecto a la Justicia Constitucional en las entidades federativas, se nos presentó una manera diferente de entender y explicar los diversos conceptos que se encuentran estrechamente ligados a las funciones de los órganos de Justicia Constitucional.

No hay que olvidar que la Justicia Constitucional se encuentra acotada bajo el principio de supremacía constitucional que rige en la mayoría de los Estados democráticos, mediante lo cual se han creado diversos instrumentos para la defensa de la Constitución.

Lo anterior, también debe ser tomado en cuenta por la Justicia Constitucional local, la cual además debe garantizarse con aspectos como los de autonomía e independencia de los gobiernos estatales, mismos que son requisitos fundamentales para el asentamiento, desarrollo y funcionamiento del Estado de derecho a nivel nacional.

De tal modo, en la medida en que progrese el grado de autonomía de la Justicia Constitucional en los Estados, los justiciables tendrán mayor confianza para acudir a defender sus derechos fundamentales y de

esta manera, la Justicia Constitucional y el régimen democrático se integrarán, mejorarán y prosperarán de forma recíproca.

Sin duda y dada su importancia en la vida de la sociedad mexicana, debe desarrollarse una revisión profunda tendiente a lograr una renovación del pacto federal que permita establecer el equilibrio de poderes, junto con una nueva distribución de competencias entre los ámbitos jurisdiccionales federal y estatal.

Por último debo subrayar muy encarecidamente que eventos como éste sólo pueden ser posibles gracias al apoyo incondicional que han brindado las Señoras y Señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su incansable labor de difundir la cultura jurídica de la legalidad con el objeto de beneficiar lo mayor posible a la población mexicana.

Me corresponde agradecer a las y los señores Ministros la confianza que depositan en la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica a mi cargo para llevar a cabo eventos como este.

Asimismo, debo reiterar en esta oportunidad, una vez más, al gran equipo de trabajo con el que tengo la oportunidad de contar en la Dirección General y en las Casas de la Cultura Jurídica, en el presente caso la de Tuxtla Gutiérrez.

De igual forma deseo resaltar el apoyo incondicional que como siempre mis compañeros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran para la realización de este evento, me refiero a las Direcciones Generales del Canal Judicial, Tesorería,

Presupuesto y Contabilidad, así como de Comunicación Social.

No puedo concluir sin agradecer nuevamente la colaboración de la Magistratura Superior del Estado de Chiapas, encabezada por su Presidenta la Magistrada Sonia Simán Morales y a la Presidenta Municipal de este maravilloso lugar, la profesora Victoria Olvera, quien nos facilitó la ocupación de este auditorio en que hemos sido atendidos de forma por demás cordial.

Presentación de Conclusiones

**Primer Congreso
Nacional sobre Justicia
Constitucional en México**

Dr. César de Jesús Molina
Suárez

Estimados congresistas:

Todos recordamos el largo trecho que el mundo occidental ha tenido que recorrer a lo largo de los siglos, para llegar a formular los principios básicos de lo que hoy denominamos “Estado de Derecho”. No exenta de utopismos, que incluso han llevado a los pueblos a las guerras civiles e internacionales, la historia de esta institución política y jurídica se nos revela como la lucha del hombre por la justicia.

Decía el ilustre profesor de la Universidad de Roma, tan conocido entre nosotros, Giorgio del Vecchio, que al lado de la noción *formal* o *lógica* de la justicia, y en íntima relación con ella, debe existir una consideración *deontológica* de la misma. Ésta última se ha entendido como una suerte de añadido —un tanto postizo— del que se puede incluso prescindir. Quizá sea éste el resultado más evidente del empobrecimiento científico del Derecho al que nos condujo el positivismo legal exacerbado del siglo XIX. Pero hoy sabemos que el primer deber —o *principio deontológico*— de la justicia, radica en su vinculación con la realidad histórica, con la experiencia de la vida. Por ello considero que este congreso, en el que se han tocado diversos temas de la justicia formal, plasmada en el texto constitu-

cional, en relación con la compleja problemática de nuestra realidad nacional, es expresión de una reorientación ética (o deontológica) de la justicia.

Una teoría de la justicia sin referencia a la realidad, fácilmente puede derivar en una sistematización perfecta desde el punto de vista formal, pero —como se suele decir en el actual lenguaje de la Hermenéutica— “carente de sentido”.

La consideración de Del Vecchio —análoga a la postura de Stammler en Alemania— sobrepasa y supera al formalismo neokantiano, que en materia constitucional redujo la justicia a leyes. Del Vecchio, como buena parte de los juristas de la posguerra, veía la necesidad de recuperar la unidad entre forma y realidad; es decir, entre ley e historia. No obstante este constante señalamiento, muchos juristas se empeñaron en reducir la Constitución a un “sistema” hasta cierto punto autónomo, sin referencia a la realidad social en la que pretendía aplicarse. En México, debido a ciertas inercias tanto teóricas como prácticas en materia de Estado, la mayor parte de los juristas se ocuparon de construir ese sistema, siguiendo modelos extranjeros, que no siempre se adecuaban a nuestras necesidades y a nuestra realidad. En contraste con ciertas tendencias inerciales, buena parte de nuestra vida jurídica (de nuestra historia jurídica) se expresa en una persistente lucha social para que sus Jueces actúen, no sólo dentro del marco de la legalidad, sino además, cuidando de él, protegiendo y ejerciendo sus disposiciones, que siempre se entienden hechas y promulgadas en servicio de la comunidad.

El país ha cambiado, yo diría que vertiginosamente en los últimos años. Ahora sabemos que la justicia

constitucional no puede reducirse a enunciados que se evocan para justificar o legitimar acciones de gobierno. Sabemos que la justicia sólo es posible en la medida en que responda realmente a los requerimientos de una sociedad compleja como la nuestra, y en una sociedad que se encuentra en plena transformación.

Es por ello que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha convocado a las instituciones participantes en este Congreso. El objetivo fundamental es proponer una mejora de nuestra vida democrática, más allá de las palabras. Eso sólo es posible en la medida en que analicemos y reflexionemos sobre la articulación real y concreta de la defensa de los derechos fundamentales y de la relación entre los diversos poderes.

Para iniciar la presentación de las conclusiones de este Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional en México, podemos afirmar que, a pesar de que el tema es relativamente nuevo en la ciencia jurídica, después del análisis, estudio y propuestas que derivaron de este importante foro de discusión, nos hemos planteado nuevos problemas y algunos atisbos de solución que es preciso llevar a la reflexión del aula universitaria y de otros espacios de discusión e investigación.

Hoy día resulta innegable que la justicia constitucional ha recorrido enormes caminos en su concepción, materialización e innovación, los cuales, sin lugar a dudas, han fortalecido los diversos medios de defensa de la Constitución. En tal virtud, el rol que desempeña la justicia constitucional es cada vez más importante en las sociedades democráticas, derivado de la enorme

trascendencia que las decisiones jurisdiccionales tienen en la vida política, social y económica del país.

El sentido de la justicia constitucional representa un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando recae sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los derechos e intereses de las minorías políticas en la democracia representativa.

Una de las principales atribuciones de un Estado democrático-constitucional radica en crear los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia, por ende, en México, durante los últimos años se ha pretendido establecer un verdadero equilibrio entre los entes de poder, mediante lo cual se garantice el desarrollo y bienestar de la población.

Así, a partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, la figura del Tribunal Constitucional aparece como un nuevo rasgo de la Suprema Corte de nuestro país, de ahí que se hayan visto enriquecidas sus atribuciones y facultades, por medio de un proceso transformador tendente a consolidarla como garante e intérprete máximo de la Constitución Federal. Con lo anterior se ha permitido que el más Alto Tribunal de la República se desempeñe como un factor de equilibrio entre los Poderes de la Unión.

De esta manera y para no abordar como repetición innecesaria las diversas voces que se manifestaron en este Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional en México, podemos destacar que el progreso del Estado de derecho debe ser simultáneo

y paralelo al desarrollo del papel que juega la justicia constitucional.

Este progreso no se entendería sin la participación de las diferentes instituciones y personas que en el ámbito jurisdiccional y académico han contribuido a la realización de foros de intercambio, de discusión y de divulgación, como el que hoy culmina.

En ese orden, no cabe duda que los objetivos de este Primer Congreso Nacional sobre Justicia Constitucional se cumplieron gracias a la intervención, participación y colaboración de las siguientes instituciones:

1. Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito.
2. Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación.
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
4. Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM.
5. Universidad Panamericana, UP.
6. Universidad Anáhuac.
7. Instituto Tecnológico Superior de Monterrey, ITESM
8. Universidad Autónoma Metropolitana, UAM.
9. Universidad La Salle.
10. Escuela Libre de Derecho, ELD.
11. Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México
y
12. Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

Asimismo, resulta importante mencionar que los propósitos y expectativas de este Congreso también se satisficieron gracias a que se planeó y organizó como un foro de discusión abierto, transparente y plural, que permitió la participación de toda la comunidad

jurídica nacional, *contando con la asistencia de 700 personas, de las cuales 85 fueron Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito*; a través de las que se estableció una conexión con toda la ciudadanía en general respecto al tema de justicia constitucional.

Es por ello que la Suprema Corte de Justicia de la Nación agradece la aportación de todos los participantes en este evento, ya que al aceptar la invitación, contribuyeron al análisis y discusión para el mejoramiento de la Justicia Constitucional en México, mediante la integración de propuestas que tuvieron la intención de constituir una ventana a la expresión de un fin común. Por lo que podemos decir que una vez más se creó un lugar de opinión para todos, en provecho de la razón y la justicia.

Con lo antes mencionado y sin mayor preámbulo daré inicio a una presentación de las conclusiones más importantes que derivaron de las ponencias de los distintos disertantes en cada una de las mesas de trabajo.

MESA 1

La Justicia Constitucional en la Reforma del Estado

A. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional en el Nuevo Federalismo Judicial Mexicano

Uno de los principales puntos de análisis para una reforma del Estado es lo referente al orden constitucional y a la complejidad del sistema federal que rige en nuestro país, temas sobre los cuales el Dr. Rafael Estrada Michel se ocupó en su ponencia, en la que se cuestionó diversos puntos que sirvieron como pauta para el inicio del debate en esta mesa.

Entre las cuestiones planteadas por el Dr. Estrada Michel, nos encontramos con temas tales como la necesidad de hablar de jerarquías normativas para garantizar la vigencia de un Estado constitucional y democrático de derecho en nuestro país, la justificación de la existencia de la justicia constitucional así como la participación de las entidades federativas en la formación de la voluntad federal.

Lo anterior nos enfocó en lo que debe entenderse como Estado Federal, ya que éste se manifiesta de manera distinta según el tiempo y el lugar en que se

encuentre, por lo que la justicia constitucional que los acompaña debe implementarse y adecuarse a cada situación. Consecuentemente, se partió de la concepción del sistema federal en México.

Con lo anterior, después de un estudio histórico, político, jurídico y social, se estableció la importancia de entender que la Constitución no sólo debe ser aplicada a todos los individuos, sino a todos los territorios que componen el complejo jurídico-político del Estado. En ese orden, la lealtad federal implica el respeto por parte de la Federación a los actos locales, siempre que sean conformes con el reparto competencial que establece el orden constitucional, por lo que es aquí donde entra en juego la función armonizadora de la justicia constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional funciona como árbitro que no puede concebirse como defensor de ninguno de los órdenes normativos, sino como garante del Estado constitucional y democrático de derecho, subordinado a la garantía de los derechos fundamentales de las personas.

Como conclusión a esta ponencia, tenemos que la justicia constitucional es garantía de homologación e integración del orden constitucional y por ello es que se justifica su permanencia en nuestro país.

De esta ponencia se recibieron muy interesantes comentarios del Magistrado Jorge Ojeda Vázquez, Lic. Jesús Serrano de la Vega, Magistrado José Nieves Luna Castro y el Magistrado Miguel Ángel Arteaga Sandoval, magistralmente moderados por el Magistrado Rutilio Guevara Clavel, que sin duda enriquecieron la temática jurídica ahí abordada.

B. La Justicia Constitucional Mexicana en el Marco de los Tratados Internacionales

Respecto a la Justicia Constitucional Mexicana en el Marco de los Tratados Internacionales, a través de su ponencia, el Magistrado Luis María Aguilar Morales, después de un examen doctrinal sobre la delimitación de la posición que guardan los tratados en el ámbito del derecho nacional, nos aproximó, mediante diversos principios constitucionales y criterios jurisprudenciales emitidos por el Máximo Tribunal del país, a lo que debe entenderse y debatirse respecto al actual establecimiento de la jerarquía de los tratados internacionales en relación a las normas de derecho interno.

En ese orden y una vez abordado el tema sobre el principio de supremacía constitucional, que representa la cualidad de la constitución de ser la norma que funda o fundamenta el orden jurídico creado y otorga validez a la totalidad del ordenamiento jurídico del país, mientras no se contraponga a la propia Constitución, el Magistrado Aguilar Morales no dejó como parte de la discusión en esta mesa, la evolución y actualidad de los criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado para establecer la jerarquía normativa de los tratados internacionales.

Con lo anterior, se pudo concluir que resulta sumamente complejo la delimitación y adopción de los tratados internacionales en nuestro orden jurídico, por lo que los criterios que ubican a los tratados debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, forman parte del trabajo

de reflexión, estudio y análisis sobre el tema, lo cual, destacó, resulta oportuno continuar en foros de discusión como el que concluye el día de hoy.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios de la Maestra Eréndida Estrada González, Doctor Edgar Corzo Sosa y el Magistrado Armando Cortés Galván, moderados magistralmente por el Maestro Eduardo Israel Moreno Orozco, quienes, sin duda enriquecieron la temática jurídica abordada en este foro.

C. La reestructura de los Procesos Constitucionales: Propuesta de modificación a la procedencia del Amparo Directo

Una de las principales inquietudes en la justicia se circunscribe al tema referente a la necesidad de modificar la procedencia del juicio de Amparo Directo, respecto del cual, el Diputado Federal Felipe Borrego Estrada, nos ha hecho a bien expresar su opinión al respecto.

A fin de permitirnos acercarnos a este tema, nos realizó un recorrido histórico de la evolución del amparo directo en el derecho Mexicano, desde su creación hasta nuestros días y nos expuso la problemática que presenta este amparo judicial en el marco de nuestro Estado democrático y Federal.

Dentro de esta problemática, destacó el exagerado crecimiento del número de juicios de amparo directo sometido al conocimiento de los órganos federales, lo cual incide en el tiempo de resolución de los conflictos, así

como las diferentes opiniones que sostienen que este amparo representa un ataque a la soberanía de los Estados, al reducir la capacidad de decisión de los órganos jurisdiccionales con asuntos que competen a su régimen interior, reduciendo la confianza en la justicia local al ser revisadas sus decisiones por un Tribunal Federal y la dificultad de crear jurisprudencia local.

En ese sentido, el ponente destacó que el juicio de amparo no debe desaparecer sino reestructurarse mediante el afianzamiento de la autonomía plena de los tribunales ordinarios y mediante la implantación de una facultad de selección por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito para admitir demandas de amparo directo con base en los criterios de importancia y trascendencia que es comúnmente utilizado en diferentes países para seleccionar los asuntos que llegan a sus más altas instancias y que puede equiparse a la facultad de atracción otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país.

Esta estrategia de solución que menciona el expositor y que actualmente es discutida y apoyada por diversos sectores involucrados con el tema de amparo judicial, propone que los Tribunales Colegiados de Circuito centren su investigación y análisis especializado a los asuntos de mayor importancia jurídica, bajo reglas adecuadas que limiten su discrecionalidad en la selección de asuntos, sin que ello afecte de manera alguna el principio de acceso a la justicia.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Maestro Alberto Benítez Tiburcio, el Magistrado Osmar Armando Cruz Quiroz y la licenciada Martha Villareal Ruvalcaba, moderados magistral-

mente por el señor Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, quienes, sin duda enriquecieron la temática jurídica abordada en este Congreso.

D. La Reforma del Estado, desde lo local

El tema relativo a la reforma constitucional desde el ámbito local que expuso el Diputado César Camacho Quiroz en su ponencia, ha cobrado últimamente importantes discusiones en el ámbito jurídico.

A través de su intervención, el ponente nos destaca la necesidad de reivindicar el constitucionalismo de los Estados, quienes al ser libres y soberanos y tener Constituciones políticas de naturaleza suprema, deben contar con sistemas estatales que tengan por objeto la tutela de sus propias normas fundamentales.

En ese contexto, hizo ver la insuficiencia de los sistemas de justicia local en nuestro país y la necesidad de una reforma constitucional mediante la cual pueda hablarse de un pleno constitucionalismo local, que hasta el día de hoy, pese a esfuerzos aislados no ha dado los resultados deseados.

Destacó la importancia de establecer mecanismos para tutelar lo dispuesto en las normas fundamentales estatales, mediante un sistema integral de medios de control constitucional local, que permita a cada Estado contar con tribunales dotados de potestades constitucionales, que se erijan en órganos terminales en materia de interpretación y control de las decisiones funda-

mentales y prescripciones jurídicas plasmadas en sus respectivas constituciones.

En cuanto al ámbito competencial, nos expuso en su propuesta que estos Tribunales Constitucionales locales deben circunscribirse a la esfera estatal, dejando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de resolver los casos en que esté de por medio una posible vulneración de carácter constitucional federal y, de llegar a concurrir en un mismo caso violaciones a la Constitución Política Estatal y a la Federal, prevalecerá la defensa de la Norma Suprema Federal, cuya jurisdicción competirá al Máximo Tribunal del país.

Así las cosas, el ponente nos hizo partícipes de una propuesta para un sistema de justicia constitucional local que, a su juicio, contribuirá a defender la soberanía de los Estados, revitalizará sus poderes, fortalecerá el sistema federal y evitará injerencias indebidas por parte de la federación en asuntos que sólo a ellos competen, orillando a que las controversias que se susciten se resuelvan mediante la instancia legitimada por antonomasia para ello.

En esta mesa tuvimos el honor de contar con los interesantes comentarios del Maestro Mario Flores Lechuga, del Magistrado Ricardo Romero Vázquez y el licenciado Rafael Coello Cetina, quienes fueron magistralmente moderados por el señor Ministro Sergio A. Valls Hernández, quienes, sin duda enriquecieron la temática jurídica abordada en este Foro Jurídico.

MESA 2

Medios de Control Constitucional

A. El juicio de amparo: pasado, presente y futuro

Cabe destacar la importante participación del Dr. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien con su agudo análisis nos hizo reflexionar sobre el pasado, presente y futuro del juicio de amparo, sobre su importancia como institución protectora de los derechos fundamentales y la crisis que eventualmente pueda surgir de mantenerlo olvidado en la reforma del Estado.

Así, nos recordó que hasta antes de la reforma que entró en vigor en 1995 el único instrumento de derecho procesal constitucional con operatividad práctica en México era el juicio de amparo y que el debate en ese entonces sobre la justicia constitucional iniciaba y concluía sólo con este medio de defensa.

El Dr. Zaldívar, de manera enunciativa nos explicó las consecuencias que ha traído para el sistema jurídico nacional la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a doce años de aquella reforma, como es su debida independencia y autonomía o sus logros para que la Constitución adquiriera el verdadero carácter de norma jurídica, de cuerpo normativo vinculante para los gobernantes y para los particulares.

Por ello, a través de sus resoluciones se inició un nuevo orden constitucional, que se caracteriza por un mayor dinamismo y que se deriva de una necesaria e indispensable relectura de la Constitución mexicana, mediante lo cual ha obligado a la academia a estudiar el derecho constitucional de una forma distinta.

De esta manera y a pesar de haberse construido durante estos años una importante interpretación sobre la justicia constitucional en México, se hizo énfasis en la agenda pendiente de la Suprema Corte para la defensa de los derechos fundamentales, a efecto de reconocer al juicio de amparo no como un medio de defensa que atiende únicamente el interés de un particular en específico, sino como el instrumento procesal por excelencia para la protección de los derechos y que su evolución y perfeccionamiento implica una mejor defensa de los derechos fundamentales en beneficio de los cuales encuentra sentido toda la ingeniería constitucional.

La reflexión final e independientemente de las líneas de actuación que ahora se discutieron para el fortalecimiento del juicio de garantías, es que el desarrollo y evolución de los derechos fundamentales depende, en gran medida, del dinamismo y eficacia del juicio de amparo.

En esta ponencia tuvimos el agrado de contar con los interesantes comentarios del Magistrado Silverio Rodríguez Carrillo, la Doctora Eréndira Salgado Ledesma y el Magistrado Humberto Suárez Camacho, magistralmente moderados por el Magistrado Jorge Arturo Camero Ocampo, que sin duda, enriquecieron la temática jurídica abordada en este Congreso.

B. Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad

Por otro lado, con la importante participación del Dr. Sergio Márquez Rábago, iniciamos el debate sobre la adecuación y creación de nuevos controles constitucionales, así como su posible codificación, la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional de México y de los temas pendientes a resolver en las Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad.

Así, a doce años de su conformación plena en el sistema jurídico mexicano, el Dr. Márquez Rábago nos encauzó en la problemática que resulta necesario solucionar para mejorar tan significativos medios de defensa constitucional.

En su opinión, nos propuso sujetar a las Controversias Constitucionales al *Principio de Expedites*, para que de igual manera que en la materia electoral, se reduzcan los términos de contestación de demanda, de ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y producción de la sentencia, con lo que se ofreciera una cabal satisfacción a la petición de justicia constitucional.

Asimismo, abrió la puerta para discutir lo referente a la suspensión del acto reclamado en las controversias constitucionales, a efecto de ampliar el campo de aplicación y hacer más frecuente el uso de la tesis jurisprudencial relativa a la apariencia del buen derecho y peligro en la demora, a fin de otorgar efectos restitutorios a los actos demandados de invalidez y cuidar la materia del juicio.

De manera general, nos introdujo en temas como los periodos de sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se pudiera establecer un programa escalonado de vacaciones para los señores ministros, así como al análisis sobre la poca coherencia que hoy en día guarda el requisito de ocho votos para declarar inconstitucional una norma general, ya sea en acción o en controversia.

En cuanto a las Acciones de Inconstitucionalidad, se propusieron dos aspectos de enorme trascendencia. El primero, se refiere a la reducción del porcentaje en las minorías parlamentarias, que resulte más representativo a la realidad fáctica de nuestros días. El segundo, comprende la implementación de la figura conocida como *amicus curae* (amigo del tribunal) que permitan al Ministro instructor solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, pruebas o elementos que a su juicio resulten necesarios para la solución del asunto, con ello, la capacidad y propuestas académicas podrían resultar un eficaz auxiliar.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del licenciado Marco Antonio Roque Vera, el Maestro Alfonso Oñate Laborde y el licenciado Jorge Antonio Galindo Monroy, moderados magistralmente por la Ministra Olga María Sánchez Cordero, que sin duda, enriquecieron la temática jurídica abordada en este Congreso.

C. Control Constitucional de Leyes y Actos en Materia Electoral

Por otra parte, sobre el Control Constitucional de Leyes y Actos en Materia Electoral, el Magistrado Salvador

Olimpo Nava Gomar, nos abrió el panorama respecto al derecho procesal constitucional en esa materia.

A través de su exposición, nos ofreció de manera general algunos de los criterios asumidos por las dos principales instancias jurisdiccionales encargadas de la salvaguarda de la normatividad constitucional en materia político-electoral: la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Con ello, se pudieron plantear los retos más significativos que deben considerarse en cualquier esfuerzo de reforma encaminado a garantizar tanto el buen funcionamiento del sistema democrático como los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Mediante su intervención, ubicamos el contexto histórico y doctrinario en que se ejerce el control constitucional en nuestro país, su diseño institucional y procesal, así como algunas consecuencias que en la práctica judicial ha tenido dicho diseño, para que por último pudiéramos formular y discutir las propuestas de reformas o reflexiones que nos permitieran pensar en un sistema integral de justicia electoral plenamente efectivo.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Doctor Enrique Uribe Arzate, el Doctor Emilio Rabasa Gamboa, el Doctor César Astudillo Reyes y el Magistrado Raúl Arroyo González, moderados magistralmente por el Maestro Ricardo Sodi Cuellar, todos, sin duda enriquecieron la temática jurídica abordada en este Foro de disertación.

D. Otros medios de control constitucional

En lo que respecta al debate sobre otros medios de control constitucional, el Maestro Jesús Silva Herzog Márquez, de manera profundamente crítica, y que siempre lo ha distinguido, nos encauzó en la necesidad de una ciencia constitucional enteramente nueva, derivado de las exigencias de los tiempos actuales y de la compleja naturaleza de la transformación democrática mexicana.

Con su ponencia, nos extendió el panorama sobre si la redacción de un nuevo texto o la reforma del contenido actual de la Constitución Federal es la solución automática a los problemas en nuestro país. Por ende, consideró importante analizar las condiciones de gobernación democrática, así como la estructura de nuestro régimen constitucional.

Así, puntualizó el papel crucial que debe jugar la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el nuevo régimen democrático, cuyo conductor no puede ser solamente la mayoría, ya que en las democracias contemporáneas, se conforman dispositivos de moderación, tales como el control judicial de las leyes, para evitar la formación de una aplanadora que aniquile la diversidad, suprima el debate o maltrate a las minorías. En ese sentido, la intervención del Poder Judicial resulta y debe ser la última salvaguardia del interés general, el cual proviene de esa necesidad de garantizar una participación equitativa en el proceso político y una distribución razonable de los costos beneficios de toda decisión pública.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Juez Ricardo Hiram Barbosa Alanis, el licenciado Jorge de Ibarrola Dávalos y Maestro Luis Figueroa Díaz, magistralmente moderados por la Magistrada Rosa María Temblador Vidrio, quienes sin duda, enriquecieron la temática jurídica abordada en este Congreso.

MESA 3

El perfil humano de la Justicia Constitucional en México

A. La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional Mexicano

El Magistrado Manuel González Oropeza, al hablarnos de la protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional Mexicano, nos expuso la evolución que ha tenido la concepción de los derechos del hombre en nuestro país desde el siglo XIX hasta nuestros días, induciéndonos a comprender las perspectivas que en ciertas épocas se tuvo sobre este tema.

Así, luego de este interesante análisis histórico del reconocimiento y defensa de los derechos humanos, de la forma en que los mismos fueron conceptualizados por las entidades federativas y de su consagración actual, el ponente nos hizo alusión al principio de legalidad contenido en el reconocimiento de estos derechos del hombre que se encuentran no sólo en la Constitución Federal, leyes federales, tratados internacionales o reglamentos federales, sino también en las Constituciones, leyes y reglamentos estatales, así como en bandos municipales.

Asimismo, destaca en su participación, la mención de una importante reforma Constitucional, aprobada

hace algunos años, sobre derechos indígenas que diversos tratados internacionales, como la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo suscrita por México, habían establecido anteriormente.

En ese contexto, el Magistrado González Oropeza nos explicó las consideraciones por las cuales tales derechos indígenas ya establecidos en un convenio internacional se elevaron a nivel constitucional, lo cual lo llevó a su vez a hablarnos de la jerarquía de los tratados internacionales sobre el derecho nacional y a mencionar finalmente, el carácter expansivo de los derechos del hombre, mismos que pueden ampliarse pero no restringirse.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Magistrado Jean Claude Andre Tron Petit, Doctor Raúl Ávila Ortiz y Maestro Jaime del Arenal Fenochio, moderados magistralmente por la Jueza María de Lourdes Lozano García, que sin duda, enriquecieron la temática jurídica abordada en este Foro.

B. El acceso a la Justicia Constitucional en México

En esta ponencia, el Magistrado Óscar Vázquez Marín, quien actualmente se desempeña como Consejero de la Judicatura Federal, nos encaminó hacia el entendimiento del acceso a la justicia como supuesto necesario para hacer efectiva la garantía jurisdiccional de la Constitución, al mencionar que con aquélla se asegura la prerrogativa que tiene toda persona a solicitar a un Juez Federal o Tribunal de Circuito la protección constitucional de sus derechos fundamentales.

Con claridad, hizo ver los principales problemas que sobre este tema presentan actualmente algunos de los mecanismos de control constitucional en México, en específico, el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, así como también las posibles soluciones para mejorar y garantizar de manera más amplia el acceso a la justicia constitucional a los gobernados.

En ese contexto, su exposición nos llevó a reflexionar sobre la propuesta de introducir nuevas cuestiones a estos medios de control constitucional, tales como el interés legítimo en el juicio de amparo; el reconocimiento en controversias constitucionales de una legitimación pasiva a órganos derivados no previstos expresamente en la Constitución y sobre la reducción del porcentaje de miembros del Poder Legislativo para presentar acciones de inconstitucionalidad.

Finalmente, a través de su intervención nos recordó el papel que deben asumir los jueces constitucionales en México, como intérpretes de la Constitución, para efecto de favorecer, mediante su labor jurisdiccional, un eficaz acceso a la justicia constitucional y a la defensa de la Carta Magna.

Para desarrollar esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Maestro Luis Bartolini Esparza, el Magistrado Alberto G. Pérez Dayán y Magistrado Diógenes Cruz Figueroa, los que fueron moderados magistralmente por el Maestro Juan Acuña Roldán, y como lo constatamos, todos ellos enriquecieron la temática jurídica abordada en este Foro.

C. Formación Educativa en Justicia Constitucional

En esta intervención, el Maestro Jorge Nader Kuri nos enfatizó que, dada la evolución que han sufrido los sistemas de solución de conflictos constitucionales, hoy en día existe la necesidad de especializar los actuales planes de estudios e incluir, entre otras asignaturas, la de derecho procesal constitucional, para lo cual compartió una propuesta detallada de línea curricular en materia de formación educativa en justicia constitucional que busca complementar e incrementar la preparación, el conocimiento y la competitividad de los estudiosos del derecho.

Su participación hace destacar la importancia del papel que juegan las universidades en la formación de los abogados y en la forma en que los egresados desempeñan sus respectivas profesiones, así como la trascendente misión del jurista frente a la permanente dinámica social y a partir de ello concebir las posibilidades del desarrollo profesional, cada vez más especializadas. Todo esto con la finalidad de enriquecer el análisis de las fórmulas de solución de conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales.

Para desarrollar esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Magistrado Julio César Vázquez Mellado, la Magistrada Adela Domínguez Salazar y el Licenciado Juan Carlos Gómez Martínez, moderados magistralmente por el Maestro Guillermo Antonio Tenorio Cueto, los que sin duda enriquecieron la temática jurídica abordada en este Congreso.

D. Los valores éticos de las personas involucradas en la Justicia Constitucional

Respecto a los valores éticos de las personas involucradas en la Justicia Constitucional, se destaca la participación del Ministro Juan Díaz Romero, quien con sus amplios conocimientos nos condujo por los senderos de la reflexión sobre este tema y nos proporcionó una relación de la evolución que sobre la finalidad de la conducta ética se ha dado hasta nuestros días.

A través de su exposición, nos mencionó que la ética ha salido del claustro interno del hombre para atreverse a penetrar en todos los espacios y lugares donde la gente común y corriente vive y trabaja. Nos hizo ver que ha alcanzado a todas las profesiones, y, sin lugar a dudas, llegó al quehacer judicial.

De manera general, nos introdujo hacia el contenido del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, aprobado en el año 2004, en el que existen cinco principios como bases para la formación y actualización de los funcionarios judiciales y para el desarrollo de la carrera judicial, que son la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales son desarrollados en reglas de conducta accesibles a fin de coadyuvar a que la administración de justicia se halle en manos de personas que merezcan la confianza de los justiciables por su calidad técnica y su respeto a los principios éticos.

Así, nos habló de la influencia subjetiva y objetiva de la moral sobre los juzgadores, ante lo cual, se plantea

la duda de hasta dónde pueden, tales normas, influenciar al Juez al momento de resolver un asunto jurisdiccional, ya que en la doctrina no hay consenso sobre este punto.

Partiendo de este orden de ideas, el señor Ministro, estimó que si en la doctrina hay puntos de discrepancia y de indefinición, los hombres prudentes que siempre han existido en el quehacer práctico de legislar y decir el derecho, tal vez puedan, con sentido común, conjuntar armónicamente los valores fundamentales del derecho; la justicia, la seguridad jurídica y el bien común

Finalmente, nos llevó a reflexionar que si en el derecho nacional puede esperarse este equilibrio entre derecho y moral a través de la interpretación de los principios que conducen al resguardo completo de los derechos humanos, todo parece indicar que ello podrá lograrse, inicialmente, por los tribunales de amparo que tienen la función de interpretar la Constitución.

En esta ponencia contamos con los interesantes comentarios del Doctor José Antonio Núñez Ochoa, el licenciado Gabriel Ernesto Larrea Richerand y el Magistrado Rutilo Guevara Clavel, magistralmente moderados por el Licenciado Felipe Ibáñez Mariel.

Conclusiones

De esta forma, podemos concluir que la discusión en las mesas de trabajo originaron diversos puntos importantes de reflexión, en el entendido de que la Justicia Constitucional desde sus inicios ha estado

dotada del principio de supremacía constitucional que rige en la mayoría de los Estados democráticos, mediante lo cual se han creado y se han evolucionado los diversos instrumentos para la defensa de la Constitución.

En suma, el análisis sobre la Justicia Constitucional en la Reforma del Estado, los Medios de Control Constitucional y el Perfil Humano de la Justicia Constitucional en México, nos ofrecieron una manera diferente de entender y explicar los diversos conceptos que se encuentran estrechamente ligados a las funciones de los órganos de justicia constitucional, tales como: inconstitucionalidad, control, supremacía constitucional, entre otros.

Además, es importante mencionar que entre el control de la constitucionalidad y el régimen democrático existe una vinculación inseparable, toda vez que la justicia constitucional tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la Constitución y el régimen democrático es un supuesto imprescindible para el funcionamiento eficaz de los medios de defensa de la Constitución. En consecuencia, la justicia constitucional y el régimen democrático se integran, mejoran y prosperan de forma recíproca.

Finalmente, coincidimos con el autor Carrillo Marc, al decir en su prólogo a la edición española de la obra de Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, que “la consolidación de la justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante Jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático.”

Clausura del Congreso sobre menores infractores

Dr. César de Jesús Molina
Suárez

En primer lugar, quiero resaltar la vinculación que se ha dado en virtud de este Congreso, entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las Instituciones que lo organizaron; en eventos como éste, se ven cristalizados, sin duda alguna, los grandes esfuerzos que los señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación encabezados, por su presidente el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, han realizado para llevar a la población mexicana las herramientas necesarias para lograr un país de seres humanos respetuosos de sus leyes y de sus instituciones, a través de la difusión de la cultura jurídica y de la legalidad que se realiza a lo largo y ancho del territorio nacional por medio de las Casas de la Cultura Jurídica.

Mi reconocimiento al esfuerzo del Estado libre y soberano de Quintana Roo, que ha aportado a todo el país un ejemplo de cooperación en temas de interés nacional, así como al DIF del mismo Estado, ANFEAMI (Asociación Nacional de Funcionarios y Ex-funcionarios para la Atención de Menores Infractores) al Instituto de Prevención del Delito y a la Secretaría de Seguridad Pública Federal.

Mi especial reconocimiento a la Doctora Ruth Villanueva Castilleja, por su incansable labor en beneficio

de la niñez y juventud mexicana; asimismo, quiero resaltar que todos los aciertos en la logística de este Congreso se los debemos a un extraordinario equipo de personas entregadas a su trabajo y comprometidas con su país, me refiero a mis compañeros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes integran: el Canal Judicial, la Dirección General de Comunicación Social, Tesorería, Presupuesto y especialmente a mis compañeros de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, los que me honran con apoyarme en la Ciudad de México, algunos aquí presentes, a todos los que conforman las 41 Casas de la Cultura Jurídica a las que fue transmitido este evento, con especial mención a mis compañeros de la Casa de la Cultura Jurídica en Cancún, “Andrés Quintana Roo”, a todos ellos —*les ruego que les demos un merecido aplauso*—, todos los desaciertos en la logística de este Congreso, son sólo responsabilidad del que les habla.

La justicia es y ha sido el valor jurídico por antonomasia. Acerca de ésta y de su conceptualización hay bastante firmeza en las diversas tesis que se han sostenido en los últimos años, tanto en el mundo académico como en el ámbito de la administración de justicia.

Doctrinarios y jueces, profesores e intelectuales, en general, concuerdan, sin embargo, en que la justicia tal como se presenta hoy día es una realidad extraordinariamente compleja, que requiere de nosotros detenernos antes de defender posturas que pueden llegar a ser insuficientes e incluso anacrónicas.

La justicia es mucho más que un ideal abstracto o un *paradigma* simple, que sirve más para evocarse

como principio que como realidad. Entran en juego valores jurídicos que constituyen —como decía Reca-séns, y lo recogía hace años Mantilla Pineda en su *Filosofía del Derecho*— un *plexo axiológico*, que si bien está presidido por la justicia, aparece ya compartido con otros principios o valores, como la seguridad social y jurídica, el bienestar económico, la promoción de la persona humana en su entorno intrafamiliar, la equidad y proporcionalidad en la distribución de la riqueza, la prevención del delito, la ecología, y otros.

En fin, a lo largo de este Congreso hemos corroborado este nivel de complejidad que representa la justicia en los tiempos actuales. Especialmente por tratarse de un problema tan acuciante como es el de los menores infractores. Las ponencias —todas y cada una de ellas— nos han puesto en evidencia esta realidad.

A lo largo de los siglos, nuestro derecho occidental ha discurrido por otros derroteros menos problemáticos, al menos en la propuesta axiológica que le sirve de sustento y esquema interpretativo. Así, por ejemplo, en el siglo XIX, el problema de la justicia (incluyendo, por supuesto, el de la delincuencia de menores) se orientaba y resolvía atendiendo principalmente a las exigencias de una “ética capitalista” (por emplear los términos de Max Weber); y si nos remontamos siglos atrás, pues sabemos que la justicia se resolvía por vía de determinaciones políticas más claras y definidas en sus contenidos, como la voluntad del soberano (en tiempos del despotismo ilustrado), o la necesidad de dar respuesta a los requerimientos de la guerra y de la expansión del poder estatal, como sucedía en los regímenes absolutistas que le precedieron.

Buena parte de los juristas de nuestro siglo XX, pretendió en general, resolver el problema de la justicia, atendiendo a sus contenidos materiales. Surgió así esa suerte de sociologismo jurídico tan en boga desde mediados de siglo, que asumió como punto de partida y enfoque de sus reflexiones la *praxis social*, desatendiendo algunos principios básicos de la convivencia y de la naturaleza humana, por considerarlos como nociones meramente filosóficas o referenciales pero sin sentido práctico alguno. Tratándose de la delincuencia de menores, que es el tema que aquí nos ha ocupado, esta especie de pragmatismo o tendencia a la practicidad, se limitó en ocasiones a elaborar estadísticas e índices de criminalidad infantil y juvenil, que en todo caso se relegaron al ámbito del análisis sociológico de causas o a la elaboración de estadísticas e índices de criminalidad, pero no al de la legislación que regía en la materia.

Esto se refleja también en el ámbito de la Ciencia Jurídica. Las directrices de la escuela escandinava, por una parte, y las tendencias axiológicas que siguieron a Scheller, por otra, se hicieron cargo de esa tendencia generalizada planteando un derecho más *realista*. Y quizá lo lograron pero sin duda a un costo muy alto. Desatendieron valores y principios ideales como el de la *equidad* o el de la *proporcionalidad*. Tratándose del Derecho Penal, la justicia se planteó así en términos puramente fácticos, dejando de lado principios que habían orientado hasta entonces (*mutatis mutando*) su desarrollo dogmático y doctrinal. Lo importante, al parecer, era *resolver problemas en el aquí y el ahora*, según las necesidades sociales y las circunstancias del tiempo presente.

Esto me lleva a una reflexión que va más allá de la normativa que rige en la materia. Y si me permiten, haría una última reflexión antes de dar por concluido este Congreso.

¿Cuáles son los grandes problemas que plantea la justicia como valor y como actividad en estos momentos? Considero que, tanto en el plano teórico como en el práctico, el problema de la justicia, hoy día —en esta primera década del siglo XXI—, nos ofrece un sinnúmero de contradicciones, que de algún modo se han hecho patentes en las diversas ponencias que hemos escuchado en estos días de Congreso. En primer lugar en la axiología jurídica que orienta nuestra reflexión. Hace años Gómez Robledo se refería a este aspecto, en su espléndida obra *Meditación sobre la justicia*. Este preclaro iusfilósofo mexicano, daba por supuesto el fracaso de la axiología jurídica, no sólo en la posición relativista de Gustav Radbruch, sino también en las otras posiciones que, como las del citado Max Scheler y la de Nicolai Hartmann, postulaban la validez absoluta de los contenidos materiales que los valores, incluso el de la justicia, llevan consigo. A su juicio —y no le faltaba razón— la jerarquía de los valores y, consiguientemente, la altura axiológica de la justicia en comparación con otros valores éticos, suscita siempre perplejidades y es muy difícil de precisar. Gómez Robledo se refería a la necesidad de remitirnos a una antropología (en el sentido filosófico del término) que nos abriera horizontes más amplios para plantear las diversas problemáticas del derecho en términos realistas, pero a la vez, comprometidas con un ideal de justicia.

Los fenómenos actuales, como la globalización e integración por bloques económicos, así como el

reconocimiento por parte de los Estados nacionales de la conformación plural de sus sociedades, nos han enfrentado a un nivel de complejidad nunca antes visto. Queramos o no, la perplejidad —como lo advertía Gómez Robledo— aumenta cada día y, por ende, también aumenta la necesidad de plantear los problemas jurídicos en esos términos, evitando simplismos y reduccionismos.

Los problemas sociales, como la criminalidad infanto-juvenil, se han convertido así en algo más que un simple problema de punición o de *praxis normativa*. Se nos presenta como una trabazón de muy difícil y heterogénea composición. Nos enfrentamos, como juristas, a ese *plexo axiológico* al que antes me he referido. Por una parte, el aumento del índice de criminalidad, y específicamente de *menores infractores*; por otra, una serie de principios que exige la realización de la justicia en un Estado de Derecho. Realidades complejas y exigencias éticas y jurídicas, nos deben llevar necesariamente a una nueva reflexión sobre la forma en que las afrontamos.

Ese ha sido el principal motivo de nuestra convocatoria a este Congreso. Hemos invitado a profesionistas del foro, a jueces y a investigadores de reconocida trayectoria a hacer un paréntesis en su actividad para reflexionar sobre un problema que en México, como en muchas otras partes del mundo, no puede quedarse en el nivel primario de la facticidad. Si deseamos que la impartición de justicia sea algo más que un conjunto de procedimientos y formalismos legales, hemos de ir a las raíces de los problemas.

Esa ha sido y es la función primordial de las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia

de la Nación. Por ello nos hemos reunido aquí durante estos cinco días de Congreso. Para aportar nuestros diversos puntos de vista sobre la problemática a la que nos enfrentamos en este terreno, y tratar de encontrar el engarce entre las exigencias éticas del derecho (especialmente la justicia) y la legislación imperante. Dicho en otros términos, para encontrar ese puente necesario y real entre el empirismo jurisdiccional y eso que algún jurista contemporáneo ha llamado *el deber ser existencial del derecho* [Carlos Cossío, *La Teoría Ecológica del Derecho*]. Y que nosotros entendemos como los principios fundamentales de la justicia a los que no hemos de renunciar en nuestra búsqueda de mejores soluciones.

El problema de los *menores infractores*, no es, pues, desde esta óptica, una simple cuestión de *lógica jurídica* (como se entiende en las corrientes actuales de argumentación jurídica, inspiradas por el profesor de la Universidad Libre de Bruselas, Chaim Perelman), que ha de resolverse por vía de un razonamiento formal adecuado. Tampoco es materia exclusiva de la *dogmática jurídica*. Me atrevería a decir, que se trata de un problema que ha de analizarse —como aquí se ha hecho de un modo u otro— incluyendo la *estimativa jurídica*.

Esta *estimativa* no es inmanente al derecho o al sistema normativo. Tiene un fondo ético ineluctable, que, tratándose de la comisión de delitos por menores de edad, nos lleva a plantearnos contextos sociales y sistemas económicos que constituyen el sustrato de esa problemática.

Parece, *prima facie*, que hay en los momentos actuales gran coincidencia en rechazar el positivismo

jurídico, por cuanto en sí y por cuanto representa en relación con algunos sistemas antidemocráticos y totalitarios.

Ciertamente, subsiste y está en auge la idea de *justicia*, como reivindicación del *Estado social de derecho*. Pero estamos muy lejos de haber llegado a un acuerdo sobre la esencia y contenido de ella. Es necesario un diálogo abierto entre los diversos actores que intervienen en su realización (legisladores, jueces, juristas y abogados), para considerar los alcances de nuestra tarea y responsabilidad en el tema que aquí nos ha congregado, y en general, en la administración de justicia.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el número de delincuentes infanto-juveniles ha aumentado vertiginosamente en las últimas décadas en la mayor parte de los países de Latinoamérica. En el caso de nuestro país las estadísticas alcanzan niveles alarmantes. "Cuando menos uno de cada 90 menores de 18 años pertenece a este grupo de delincuentes infanto-juveniles y la cifra tiende a crecer". Datos como éste, hemos escuchado en estos días y no podemos pensar que se trata sólo del registro aislado de hechos o de *anécdotas ilustrativas* para el desarrollo de una ponencia congresal. Son parte esencial de nuestra reflexión como juristas. Constituyen un componente básico de la *estimativa jurídica* que ha de alimentar nuestra consideración teórica y práctica en la materia.

No podemos, pues, desentendernos de los así llamados *contextos de la delincuencia juvenil*. La desintegración familiar, la difusión de programas televisivos

con un contenido altamente violento, la disolución de los principios fundamentales de la convivencia, la drogadicción y el narcotráfico a ella anejo, e incluso, problemas de orden psicológico, como la frustración (y rencor) de muchos niños y jóvenes debido al empobrecimiento de expectativas personales de vida, son algo más que *cuestiones relacionadas* con la criminalidad infantil. Se trata de problemáticas que están en la raíz de la crisis que padecemos y que tratamos de resolver hasta donde nos sea posible, en el corto y en el largo plazo.

No es mi intención entrar aquí en el piélago de las discusiones en esas materias, pues ya hemos escuchado en estos días ponencias de muy alto nivel en las que se ha hecho referencia al respecto. Sólo quiero llamar la atención —permítanme que insista— en la necesidad de considerar el derecho y la justicia, a partir de la condición humana y de sus múltiples expresiones sociales y culturales. No me mueve a ello un mero afán culturalista ni una inclinación personal hacia la Sociología del Derecho, sino la profunda preocupación porque recuperemos una visión más humana de nuestra ciencia y de la disciplina que cultivamos.

Después de todo, no debemos olvidar que nuestra profesión pertenece al ámbito de las humanidades. Quizá con el paso de los años, lo hemos olvidado, debido, entre otras cosas, a la creciente tecnificación del Derecho, así como a la premura del tiempo en el desempeño de nuestro trabajo, sea en el foro o en la judicatura. No obstante, la preocupación por la rehumanización de la ciencia jurídica es, hoy por hoy, una de las princi-

pales tareas que se ha puesto como meta la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello se publicó el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, que no es otra cosa que el fruto consumado de un enorme esfuerzo por reorientar la cultura jurisdiccional en clave humanística.

La justicia en materia de *menores infractores* requiere, además de reformas a la legislación vigente, como las que aquí se han planteado, una mayor conciencia social por parte de todos los que intervienen en la administración de justicia en la materia, una mayor responsabilidad para valorar los casos atendiendo a la complejidad de las problemáticas que se le presenten. Y es aquí, precisamente aquí, donde el juzgador juega un papel fundamental, pues la mejora de su trabajo no depende sólo del legislador, por mucho que se piense que basta con que haya buenas leyes para que impere la justicia. La ley, por sí misma, no resuelve los problemas, ni aun cuando se le quiera sistematizar en un ordenamiento casi matemático.

Como acertadamente escribe el profesor Helmut Coing, “por mucho que la legislación, la jurisprudencia y la ciencia se esfuercen —como es su deber— por fijar la esencia del Derecho teniendo en cuenta típicos contenidos fácticos subyacentes a los principios de la justicia, no por eso se convertirá en una matemática el Derecho positivo. Todo derecho positivo tiene lagunas, y los principios de la justicia no ofrecen más que puntos de apoyo. No puede renunciarse a la voz viva de la justicia personalmente sentida ante el caso concreto; esa voz no puede ser totalmente eliminada. Ni puede el Derecho prescindir de ella, por más que

se esfuerce por convertir el derecho en ciencia de principios: más bien vive el Derecho en aquella vida. El Juez, en el que se realiza esa viva síntesis de orden abstracto de la justicia y la justicia personal, es por eso mismo la figura dominante de la vida jurídica. En su persona se supera la contradicción entre justicia personal y justicia del orden mediante la decisión moral. En la actividad del Juez se consume el Derecho”.

Queda abierto, pues, para la reflexión y el análisis, el complejo problema de la mejora en la administración de justicia de menores infractores. Quedan pendientes las reformas para hacer de nuestro derecho, un instrumento eficaz que produzca realmente un orden social más justo. Estoy seguro que ésta no ha sido sino la primera de muchas otras reuniones y encuentros, que servirán como plataforma de debate y análisis, de intercambio de conocimientos y de colaboración para entender y mejorar nuestro derecho en una materia tan espinosa y delicada como la de los *menores infractores*.

El ideal de justicia, de *orden social justo*, ha de estar en la base de este quehacer intelectual y académico; de esta discusión fecunda sobre nuestro sistema normativo, del estudio, en fin, de nuestro derecho en la materia que nos ha ocupado estos días.

Les doy a todos y cada uno las gracias, y hago expreso mi reconocimiento al alto nivel de los trabajos que hemos escuchado. Estoy seguro que las reflexiones, críticas y propuestas que aquí se han externado, redundarán, de una u otra manera, en el tratamiento adecuado de los *menores infractores*.

Con estas reflexiones, siendo las diecinueve horas del día veintiocho de septiembre de dos mil siete, tengo el honor de declarar clausurados los trabajos del XII Congreso Nacional de Menores Infractores que llevó el nombre del Doctor Gilberto Bolaños Cacho, celebrado en esta ciudad de Cancún, Quintana Roo.

CASAS DE LA
CULTURA JURÍDICA

Lecciones magistrales

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Alfonso López Aparicio”,
en Aguascalientes**

- Magdo. Carlos Vallevín
República Argentina
“El amparo y las medidas cautelares en la perspectiva comparada”
15 y 16 de enero de 2007

- Lic. Claudia Priscila Merino Sarmiento
Consejo Nacional de la Internacional Asociación Mexicana de Mujeres Empresarias, A. C.
“La bursatilización en sus aspectos legal y financiero”
15 de febrero de 2007

- Mtro. Juan Rojas García
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes
“Investigación de paternidad y maternidad”
15 de marzo de 2007

- Lic. Alejandro Pérez Chávez
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes

“Los efectos de la patria potestad”
16 de marzo de 2007

- Lic. Verónica Padilla García
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de
Aguascalientes
“El divorcio”
22 de marzo de 2007
- Lic. María del Rocío Franco Villalobos
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de
Aguascalientes
“Los juicios de alimentos”
23 de marzo de 2007
- Lic. Rafael Vázquez Bañuelos
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de
Aguascalientes
“Los juicios orales en materia de menores infractores
y su aplicación en los juicios familiares”
8 de marzo de 2007
- Mgdo. Juan Manuel Ponce Sánchez
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de
Aguascalientes
“Violencia familiar al amparo de la Ley General de
Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
y la Ley General de Igualdad entre los Hombres y
Mujeres”
29 de marzo de 2007
- Mtro. Arturo Ávila Zavala
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“Derecho Procesal Civil”
13 de marzo al 21 de agosto de 2007

- Mtra. Susana González Hernández
Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en Aguascalientes
“Concepciones de la prueba”
12 de abril al 7 de junio de 2007
- Mtro. José Luis Eloy Morales Brand
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“El Derecho a la Defensa Cultural en Materia Penal”
24 de mayo de 2007
- Dr. Miguel Carbonell
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
“Los derechos económicos, sociales y culturales en México”
27 de junio de 2007
- Lic. Héctor Salvador Hernández Gallegos
Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes
“La redistribución en el Estado de Aguascalientes”
11 de junio de 2007
- Mtro. Jesús Eduardo Martín Jáuregui
Universidad Autónoma de Aguascalientes y Notario Público
“Democracia y gobernabilidad como presupuesto de una reforma a la Constitución mexicana”
18 de junio de 2007
- Mtro. Jesús Eduardo Martín Jáuregui
Universidad Autónoma de Aguascalientes y Notario Público
“Propuestas relevantes para la reforma integral del Sistema Jurídico Mexicano”
19 de junio de 2007

- Mtra. Catalina Díaz Barba
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“Donación de Órganos”
12 de junio de 2007

- Mtra. Susana González Hernández
Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en Aguascalientes
“La justicia en México su realidad, retos y perspectiva”
13 de junio de 2007

- Mtro. José Luis Eloy Morales Brand
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“Inviolabilidad de Comunicaciones Privadas”
14 de junio de 2007

- Mtro. José Luis Eloy Morales Brand
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“Sobre los juicios orales”
8 de agosto de 2007

- Mtro. Omar Williams López Ovalle
Comisión Estatal de los Derechos Humanos
“Sobre los juicios orales”
8 de agosto de 2007

- Mtra. María Teresa Isabel Martínez Mercado
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes
“Sobre los juicios orales”
8 de agosto de 2007

- Mtro. Arturo de G. Orenday González
Universidad Autónoma de Aguascalientes

“Defensa Constitucional de las Entidades Federativas y el fortalecimiento del Municipio en México”
16 de agosto de 2007

- Lic. Alfredo Muñoz Delgado
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“La Controversia Constitucional como instrumento de defensa de los Municipios y las Entidades Federativas”
23 de agosto de 2007
- Lic. Alfredo Muñoz Delgado
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“La Declaratoria de la Invalidación de Leyes Locales a través de la Acción de Inconstitucionalidad”
30 de agosto de 2007
- Mtro. Omar Williams López Ovalle
Comisión Estatal de los Derechos Humanos
“La Mediación”
21 de agosto de 2007
- Dra. María Guadalupe Márquez Algara
Universidad Autónoma de Aguascalientes
“Ámbitos de aplicación de la mediación, el mediador y el conciliador. El rol de los abogados en la mediación”
22 de agosto de 2007
- Mtra. María Teresa Isabel Martínez Mercado
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes
“Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes”
27 de agosto de 2007
- Mtro. Juan Arturo Muñiz Candelas
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes

“Procedimiento de mediación”
28 de agosto de 2007

- Mtro. Inocencio Noyola
Casa de la Cultura Jurídica en San Luis Potosí
“Modelos y realidades en la historia de la Administración de Justicia en México”
27 de septiembre de 2007
- Dr. Humberto Azpiazu Castro
Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Aguascalientes
“Pasado y presente de la Constitución mexicana”
17 de octubre de 2007

**Ponente en conferencia magistral
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Pedro Guerrero Martínez”,
en Campeche**

- Ministro José Trinidad Lanz Cárdenas
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Las responsabilidades en el servicio público”
23 de febrero de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Andrés Quintana Roo”,
en Cancún**

- Dr. Eduardo Ferrer MacGregor Poisot
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

“Paradigmas del Derecho Procesal Constitucional”

15 de febrero de 2007

- Mtro. Sergio Javier Molina Martínez
Secretario de Estudio y Cuenta, Suprema Corte de
Justicia de la Nación
“Juicios Orales”
16 de abril de 2007
- Mtro. Miguel Ángel Pech Cen
Coordinador de la Escuela de Derecho
Universidad La Salle, Cancún
“Juicios Orales”
16 de abril de 2007
- Lic. Jorge Alfredo Clemente Pérez
Director de la Escuela de Derecho
Universidad Superior de Leyes
“Juicios Orales”
16 de abril de 2007
- Mgda. Gloria Tello Cuevas
Visitador Judicial “A”
Consejo de la Judicatura Federal
“La selección y preparación de los Jueces”
14 de mayo de 2007
- Mgdo. Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo
Visitador General
Consejo de la Judicatura Federal
“La conducta de los Jueces”
28 de mayo de 2007
- Mgdo. Manuel Veja Sánchez
Visitador Judicial “A”

Consejo de la Judicatura Federal
“El procedimiento disciplinario”
4 de junio de 2007

- Mgdo. Filemón Haro Solís
Visitador Judicial “A”
Consejo de la Judicatura Federal
“Los controles del Poder Judicial Federal”
11 de junio de 2007
- Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Suprema Corte de Justicia de la Nación
Director del Área de Análisis e Investigación
Histórico Documental
“Modelos y realidades en la historia de la Administración de Justicia en México”
16 de agosto de 2007
- Lic. Mariano Suárez Reyes
Secretario de Juzgado
Juzgado Tercero de Distrito en Materias de Amparo
y de Juicios Civiles Federales en el Estado de México
“Amparo Indirecto”
22 de agosto de 2007
- Mgdo. Arturo Sánchez Valencia
Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, Toluca Estado de México
“El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”
17 de septiembre de 2007
- Mgdo. Armando Cortés Galván
Décimo Quinto Tribunal en Materia Administrativa
del Primer Circuito

“Materia Fiscal”

15, 16 y 17 de noviembre de 2007

- Mgdo. Miguel Ángel Aguilar López
Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del
Primer Circuito
“Teoría del delito, del delincuente y de la pena”
“Tendencias actuales del procedimiento penal en
México”
23 y 24 de noviembre de 2007
- Lic. Rafael Coello Cetina
Secretario Ejecutivo de Asuntos Jurídicos
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“El principio de jerarquía normativa en el orden jurí-
dico nacional”
14 de diciembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro José Fernando Ramírez”,
en Chihuahua**

- Doctor Giuseppe Carlo Marino
Catedrático de la Universidad de Palermo Italia
“Historia de la mafia. Un poder en las sombras”
17 de septiembre de 2007
- Doctor Carlos Cabrera Beck
Catedrático de la Universidad Anáhuac
“Pasado y presente de la Constitución Política de
los Estados Unidos Mexicanos”
22 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Teófilo Olea y Leyva”,
en Cuernavaca**

- Dr. Nicolás Loza Otero
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
“Democracia y gobierno dividido”
17 de enero de 2007

- Dr. Álvaro López Lara
Universidad Autónoma Metropolitana
“Democracia y gobierno dividido”
17 de enero de 2007

- Dr. Ramón Ojeda Mestre
Consultor en asuntos del medio ambiente de la ONU
“Derecho Ambiental y la Basura”
30 de enero de 2007

- Mtro. Lucio Rubio Antelis
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM
“Análisis crítico a la nueva Ley de la Comisión de
Derechos Humanos del Estado de Morelos”
12 de julio de 2007

- Dr. José Antonio Martín Pallín
Magistrado del Supremo Tribunal Constitucional de
España
“El Sistema Penal y el Estado de Derecho”
9 de agosto de 2007

- Dr. Fernando Tenorio Tagle
Universidad Autónoma Metropolitana

“Política Criminal”

20 de septiembre de 2007

- Dr. Octavio Alberto Orellana Wiarco
Fiscalía especializada para delitos contra periodistas
(PGR)
“La individualización de la pena”
12 de noviembre de 2007
- Dra. Gloria Villegas Moreno
Facultad de Filosofía y Letras UNAM
“Relecturas de la Revolución mexicana y los archivos
históricos”
14 de noviembre de 2007
- Dr. Michael O. Hirounymuos
Texas University
“El sistema de administración de archivos en The
University of Texas at Austin”
15 de noviembre de 2007
- Dra. Rina Ortiz Peralta
Instituto Nacional de Antropología e Historia
“Guía para la historia de México en el centro ruso
de conservación de documentos para la historia
contemporánea”
15 de noviembre de 2007
- Dr. Ernesto Rey Cantor
Universidad Panamericana
“La internacionalización de los Derechos Humanos”
29 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Xavier Icaza y López Negrete”,
en Durango**

- Juan Velásquez
Abogado postulante
“La suspensión del juicio de amparo contra la orden
de aprehensión”
22 de junio de 2007

- Ministra Olga Sánchez Cordero Dávila de García Villegas
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“El Derecho Agrario en México: Tres perspectivas
de futuro”
24 de agosto de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Hilario Medina Gaona”,
en Guanajuato**

- Mgdo. Juan Manuel Álvarez González
Consejero del Poder Judicial del Estado de Guanajuato
“Retroactividad e irretroactividad en la aplicación de
la Ley Penal”
1 de marzo de 2007

- Dr. Luis Felipe Guerrero Agripino
Director de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Guanajuato
“Argumentación jurídica”
12 de julio de 2007

- Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga
Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato
“Violación de garantías en la etapa de averiguación previa”
30 de agosto de 2007
- Mgdo. Miguel Ángel Aguilar López
Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito
“Metodología para elaborar una sentencia de Amparo Penal”
7 de noviembre de 2007
- Mtro. Inocencio Loyola
Director de la Casa de la Cultura Jurídica en San Luis Potosí
“Modelos y realidades en la historia de la impartición de justicia en México”
13 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro José María Ortiz Tirado”,
en Hermosillo**

- Mgdo. Pablo Antonio Ibarra Fernández
Primer Tribunal Unitario del Quinto Circuito
“Las ventajas del derecho acusatorio frente al juicio inquisitivo actual”
23 de febrero de 2007
- Dr. Aldo Saúl Muñoz López
Tribunal Unitario Agrario Distrito Veintiocho

“El tratamiento de los testigos en los juicios orales”
23 de febrero de 2007

- Dr. Daniel González
Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México
(PRODERECHO)
“Los juicios orales, una cuestión de argumentación
y de estrategia”
23 de febrero de 2007
- Mgda. Armida Elena Rodríguez Celaya
Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Quinto Circuito
“La selección y preparación de los Jueces (La Escuela Judicial)”
23 de febrero de 2007
- Mgdo. Evaristo Coria Martínez
Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito
“El Juicio de los Jueces (El Procedimiento Disciplinario)”
24 de febrero de 2007
- Mgdo. David Solís Pérez
Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Quinto Circuito
“La conducta de los Jueces”
25 de febrero de 2007
- Mgdo. Alfonso Gazca Cossío
Tercer Tribunal Unitario del Quinto Circuito
“La vigilancia de los Jueces (Inspección de la Función Judicial)”
26 de febrero de 2007

- Dr. Miguel Ontiveros Alonso
Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
“Delitos cometidos por condición de género. Prevención y sanción de la violencia contra la mujer”
8 de mayo de 2007
- Dr. Jorge Pesqueira Leal
Universidad de Sonora
“Justicia restaurativa y mediación”
19 de junio de 2007
- Lic. Patricia Rosalba Corzo Cabañas
Junta Federal de Conciliación y Arbitraje con Sede en Hermosillo, Sonora
“El procedimiento ordinario en las Juntas de Conciliación y Arbitraje”
19 de junio de 2007
- Dr. Aldo Saúl Muñoz López
Tribunal Unitario Agrario Distrito Veintiocho
“El mercado laboral para los egresados de la Licenciatura en Derecho”
20 de junio de 2007
- Lic. Serafín Florencio Guzmán Calderón
Dirección General de Seguridad Pública Municipal del Municipio de Hermosillo, Sonora
“La Criminalística y el Derecho Penal”
21 de junio de 2007
- Lic. Manuel Ignacio Acosta Sánchez
Congreso del Estado de Sonora
“Los juicios orales”
21 de junio de 2007

- Lic. Guillermo Padrés Elías
Senado de la República
“Reformas del Estado”
21 de junio de 2007

- Lic. Óscar Fernando Hernández Bautista
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La defensa constitucional de las Entidades Federativas y el fortalecimiento del Municipio en México”
7 de septiembre de 2007

- Lic. Óscar Fernando Hernández Bautista
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Controversia Constitucional como instrumento de la defensa de los Municipios y las Entidades Federativas”
7 de septiembre de 2007

- Mgdo. Germán Eduardo Baltazar Robles
Décimo Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito
“La declaratoria de invalidación de leyes locales a través de la acción de inconstitucionalidad”
8 de septiembre de 2007

- Mtro. Inocencio Noyola
Director de la Casa de la Cultura Jurídica “Ministro Antonio Rocha Cordero” en San Luis Potosí, S. L. P.
“Modelos y realidades en la historia de la administración de justicia en México”
22 de noviembre de 2007

- Lic. José Antonio de Jesús García y Ocampo
Universidad de Sonora

“Procedencia del juicio de amparo contra la Nueva Ley del ISSSTE”
22 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Mariano Azuela Rivera”,
en Jalisco**

- Magistrado José de Jesús Covarrubias Dueñas
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
“Realidades y mitos en los procesos electorales”
21 de mayo de 2007
- Lic. Arturo Ramos Arias
Notario Público
“El Derecho Notarial”
31 de agosto de 2007
- Ministro José Ramón Cossío Díaz
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Suprema Corte de Justicia de la Nación como
Tribunal Constitucional en México”
7 de septiembre de 2007
- C. P. Noe García Mendoza
Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mer-
cantiles (IFECOM)
“El concurso mercantil. Fundamentos y procedimientos”
26 de septiembre de 2007
- Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Suprema Corte de Justicia de la Nación

“El Papel de la Historia en la Administración de Justicia en México”. El Juez y su Imagen Pública (una historia en la judicatura mexicana) y Administración de justicia y vida cotidiana en el siglo XIX
5 de octubre de 2007

- Juez José David Cisneros Alcaraz
Juzgado Octavo de Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco
“El Papel de la Historia en la Administración de Justicia en México”
5 de octubre de 2007
- Lic. Israel Flores Rodríguez
Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Facultad del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para analizar la legalidad de normas generales”
9 de noviembre de 2007
- Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Investigador del CONACYT
“Reflexiones jurídicas sobre la nueva Ley del ISSSTE”
15 de noviembre de 2007
- Dr. José Ovalle Favela
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
“El Derecho Probatorio”
23 y 24 de noviembre de 2007
- Mtro. Antonio de Jesús Mendoza Mejía
Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guadalajara

“Pasado y presente de la Constitución mexicana”
30 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ángel González de la Vega Iriarte”,
en La Paz**

- Lic. José Pablo Malagamba
Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A. C.
“Instrumentos de política ambiental de la Ley
General del Equilibrio Ecológico”
7 de febrero de 2007
- Lic. Gabriel Calvillo Díaz
Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A. C.
“Responsabilidad derivada de daños al ambiente” y
“Delitos ambientales”
7 y 8 de febrero de 2007
- Lic. Agustín Bravo Gaxiola
Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A. C.
“Temas procesales: Acceso a la justicia ambiental”
8 de febrero de 2007
- Lic. Marisela Reyes Calderón
Consejo de la Judicatura Federal
“Partes y figuras procesales del juicio de amparo”
16 y 17 de febrero de 2007
- Lic. Rosa María Macías Macías
Centro de Mediación del H. Tribunal Superior de
Justicia del Estado de Baja California Sur

“Prescripción del delito de genocidio”
20 de febrero de 2007

- Lic. Sergio Cuen Sandoval
Abogado Postulante
“Temas selectos de amparo contra leyes”
23 y 24 de febrero de 2007

- Lic. Joaquín Beltrán Quibrera
Universidad Autónoma de Baja California Sur
“Temas selectos de Amparo Civil”
2 de marzo de 2007

- Lic. Joaquín Beltrán Quibrera
Universidad Autónoma de Baja California Sur
“Acciones de Inconstitucionalidad”
3 de marzo de 2007

- Lic. Antonio Medina Pinedo
Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California Sur
“Narco-menudeo”
6 de marzo de 2007

- Mgdo. Silverio Rodríguez Carrillo
Consejo de la Judicatura Federal
“Juicio de Amparo Directo”
9 y 10 de marzo de 2007

- Mgdo. José Alberto Montes Hernández
Consejo de la Judicatura Federal
“Proceso Penal Federal”
16 y 17 de marzo de 2007

- Mtro. Juan Carlos Silva Adaya
Tribunal Federal Electoral

“Juicios en materia electoral”

23 y 24 de marzo de 2007

- Mgdo. Rubén Arturo Sánchez Valencia
Consejo de la Judicatura Federal
“Controversias Constitucionales”
30 y 31 de marzo de 2007
- Mgdo. Aldo Saúl Muñoz López
Tribunal Unitario Agrario en Hermosillo, Sonora
“Juicio Agrario”
13 y 14 de abril de 2007
- Lic. Rosa María Macías Macías
Centro de Mediación del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California Sur
“Juicio de Amparo Directo”
17 de abril de 2007
- Mtro. Omar Fuentes Cerdán
Consejo de la Judicatura Federal
“Diplomado en Procesos Judiciales Federales Módulo IV”
20 y 21 de abril de 2007
- Dra. Irma Leticia Castro Figueroa
Instituto Mexicano del Seguro Social, delegación La Paz, Baja California Sur
“Arbitrajes médicos”
24 de abril de 2007
- Dr. Héctor Villasana Rosales
Universidad Autónoma de Chihuahua, Chihuahua
“Jurisprudencia”
27 y 28 de abril de 2007

- Lic. Manuel González Díaz
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Concursos Mercantiles (1ª Parte)”
4 y 5 de mayo de 2007
- Mtra. Claudia Gabriela Tapia González
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Casos de historia judicial. La educación socialista
en México 1934 -1940”
8 de mayo de 2007
- Lic. Miguel Bonilla López
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Acciones de Inconstitucionalidad”
11 y 12 de mayo de 2007
- Lic. Luis Darío Yarto Chávez
Abogado Postulante
“El contrato de fianza de empresa dentro del derecho
positivo mexicano”
17 de mayo de 2007
- Lic. Jesús Antonio Sepúlveda Castro
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Proceso Civil Federal”
18 y 19 de mayo de 2007
- Mtro. Jorge Roberto Ordóñez Escobar
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Concursos Mercantiles (2ª Parte)”
25 y 26 de mayo de 2007
- Lic. Sergio Cuen Sandoval
Abogado Postulante
“Juicio de Nulidad”
1 y 2 de junio de 2007

- Mgdo. José Manuel Hernández Saldaña
Consejo de la Judicatura Federal
“Juicios de Trabajo”
8 y 9 de junio de 2007
- Lic. Félix Rogelio García Hernández
Consejo de la Judicatura Federal
“Otros procesos constitucionales”
15 y 16 de junio de 2007
- Lic. Oscar Antonio Rodríguez Beiza
Academia Nacional de Seguridad Pública
“Victimología”
18 y 19 de junio de 2007
- Mgdo. Julio Humberto Hernández Fonseca
Academia Nacional de Seguridad Pública
“Proceso Federal Administrativo”
22 y 23 de junio de 2007
- Mtra. Paulina Eugenia Martínez Lambarri
Abogada Postulante
“Democracia y Derecho Electoral”
22 y 23 de junio de 2007
- Dr. Santiago Nieto Castillo
Tribunal Federal Electoral
“Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos”
29 y 30 de junio de 2007
- Mgdo. José de Jesús Covarrubias Dueñas
Tribunal Federal Electoral
“Procesos Electorales”
6 y 7 de julio de 2007

- Lic. Adín Antonio de León Gálvez
Tribunal Federal Electoral
“Los medios de impugnación en materia electoral”
3 y 4 de agosto de 2007
- Mtro. Gerardo Dehesa Dávila
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“¿Qué es argumentar? Cultura Jurídica y Argumen-
tación. Retórica y Lingüística”
11 de agosto de 2007
- Dr. Rodrigo Serrano
Universidad Autónoma de Baja California Sur
“Derecho Marítimo”
16 de agosto de 2007
- Dr. Bertín Vázquez González
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La tesis, estructura y consideraciones prácticas”
17 y 18 de agosto de 2007
- Mgdo. Ignacio Bello Sosa,
Mtro. Manuel Couto Arenas y
Lic. Miguel Ángel Meza Figueroa
Varios
“Juicios Orales”
23 de agosto de 2007
- Dr. Roberto Lara Chagoyán
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Corrección del razonamiento”
24 y 25 de agosto de 2007
- Mgdo. Walter Arellano Hobelsberger
Consejo de la Judicatura Federal

“Cuestionamientos al Modelo del Positivismo y Formalismo Jurídico, y cuestiones teórico-terminológicas generales”

29 de agosto de 2007

- Mtro. Juan José Díaz Gómez
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Identidades masculinas. Una propuesta de política pública para la modificación del Código Penal en BCS”
30 de agosto de 2007
- Mtro. Jorge Roberto Ordóñez Escobar
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Los Argumentos en particular”
31 de agosto y 1 de septiembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Agustín Aguirre Garza”,
en Matamoros**

- Lic. Jesús Antonio Zavala Villavicencio
Comisión Nacional de Arbitraje Médico
“Responsabilidad Médica”
15 de marzo de 2007
- Dr. Eduardo Rafael Chanes Cano
Centro Médico Internacional
“Responsabilidad médica”
15 de marzo de 2007
- Mtro. Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial Federal

“El nuevo sistema de justicia juvenil”

13 de abril de 2007

- Dr. Román Jiménez Jiménez
Poder Judicial Federal
“La imprescriptibilidad de los delitos considerados como graves”
13 de junio de 2007
- Mgda. Adriana Cabezut Uribe
Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
“El derecho aduanero en México: análisis de casos relevantes”
21 de agosto de 2007
- Lic. María Guadalupe Balderas Alanís
Poder Judicial del Estado de Nuevo León
“Los juicios orales”
28 de agosto de 2007
- Mtro. Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial Federal
“Los juicios orales”
28 de agosto de 2007
- Mgdo. José Luis González
Poder Judicial Federal
“Los menores infractores en México”
31 de agosto de 2007
- Dr. Jesús Covarrubias Dueñas
Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal
“Pasado y presente de la Constitución mexicana”
11 de septiembre de 2007

- Lic. Felipe Ibáñez Mariel
Universidad Panamericana
“El fraude en el derecho positivo: casos civiles y penales”
26 de septiembre de 2007
- Mtro. Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial Federal
“Modelos y realidades en la historia de la administración de justicia en México”
28 de noviembre de 2007
- Dr. Arturo Díaz San Vicente
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Presentación de Crónicas 2007”
23 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministra María Cristina Salmorán de
Tamayo”, en Oaxaca**

- Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La educación jurídica como instrumento en la consolidación del derecho”
9 de marzo de 2007
- Dr. Ricardo Ojeda Bojórquez
Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito
“Transformación del procedimiento penal mexicano para alcanzar la justicia”
12 de marzo de 2007

- Lic. Jesús Antonio Sepúlveda Castro
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. Su impacto en la Administración de Justicia”
13 de marzo de 2007

- Dr. José Antonio Núñez Ochoa
Universidad Anáhuac
“Alcances del Estado de Derecho”
14 de marzo de 2007

- Lic. Miguel Bonilla López
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Argumentación Jurídica y Justicia Constitucional”
15 de marzo de 2007

- Dr. Alberto García Gómez
Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid
“Aspectos Éticos y Jurídicos de la Clonación Humana”
9 de mayo de 2007

- Lic. Emilio Rabasa Gamboa
Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey
“El Consejo de la Judicatura Federal en el Marco de la Reforma del Estado”
31 de mayo de 2007

- Dra. Irma Griselda Amuchategui Requena
Universidad Nacional Autónoma de México
“Eutanasia y Suicidio”
2 de junio de 2007

- Mtro. Carlos Alfredo Soto Morales
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Pasado y presente de la Constitución mexicana”
18 de septiembre de 2007
- Dr. José Ramón Narváez Hernández
Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales de
Promoción y Difusión de la Ética Judicial
“El Juez y su Imagen Pública. (Una Historia de la
Judicatura Mexicana)”
11 de octubre de 2007
- Mtro. José Francisco Ruiz Martínez
Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca
El Foro, Periódico de Legislación y Jurisprudencia,
1873-1976
11 de octubre de 2007
- Dr. Francisco Martínez Sánchez
Poder Judicial del Estado de Oaxaca
“Defensa Constitucional de las Entidades Federati-
vas y el fortalecimiento del Municipio en México”
26 de octubre de 2007
- Lic. Marat Paredes Montiel
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Controversia Constitucional como instrumento de
defensa de los Municipios y las Entidades Federativas”
27 de octubre de 2007
- Lic. Francisco Gorka Migoni Goslinga
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“La Declaratoria de Invalidación de Leyes Locales a
Través de la Acción de Inconstitucionalidad”
27 de octubre de 2007

- Dr. Javier Saldaña Serrano
Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial
“La selección y preparación de los Jueces (la Escuela Judicial)”
12 de noviembre de 2007
- Mgdo. Julio César Vásquez Mellado García
Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito
“El juicio de los Jueces (El Procedimiento Disciplinario)”
14 de noviembre de 2007
- Magistrado Juan Manuel Vega Sánchez
Consejo de la Judicatura Federal
“La conducta de los Jueces”
16 de noviembre de 2007
- Mgdo. Rubén Arturo Sánchez Valencia
Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito
“La vigilancia de los Jueces (Inspección de la Función Judicial)”
16 de noviembre de 2007

**Ponentes en conferencias magistrales
de la Casa de la Cultura Jurídica
“Ministro Fernando de la Fuente Sanders”,
en Ciudad Victoria, Tamaulipas**

- Juez Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial de la Federación

“Garantías constitucionales en el Derecho Penal”

25 de enero de 2007

- Juez Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial de la Federación
“Constitucionalidad del juicio oral y los medios alternativos de impartición de justicia”
26 de enero de 2007
- Lic. Marco Antonio Cepeda Anaya
Suprema Corte de Justicia de la Nación
Ciclo: *Defensa Constitucional del Municipio y de las Entidades federativas en México*
“La Controversia Constitucional como instrumento de la defensa de los municipios y las entidades federativas”
27 de abril de 2007
- Lic. Pedro Nava Malagón
Consultor jurídico independiente
Ciclo: *Defensa Constitucional del Municipio y de las Entidades federativas en México*
“La declaratoria de invalidación de leyes locales a través de la acción de inconstitucionalidad”
28 de abril de 2007
- Lic. Iván Carlo Gutiérrez Zapata
Suprema Corte de Justicia de la Nación
Ciclo: *Defensa Constitucional del Municipio y de las entidades federativas en México*
“Requisitos de una controversia constitucional y una acción de inconstitucionalidad”
28 de abril de 2007
- Magda. Olga Iliana Saldaña Durán
Poder Judicial de la Federación

“Modelos y realidades de la administración de justicia en México”

21 de junio de 2007

- Juez Gonzalo Higinio Carrillo de León
Poder Judicial de la Federación
“Criterios relevantes de la SCJN en torno a la seguridad pública”
18 de septiembre de 2007

- Lic. Ma. Guadalupe Balderas Alanís
Poder Judicial de Nuevo León
Ciclo: *Los Juicios Orales*
“Avances en la aplicación de los juicios orales en México”
17 de Octubre de 2007

- Magdo. Miguel Ángel Aguilar López
Poder Judicial de la Federación
Ciclo: *Los Juicios Orales*
“La estructura de los alegatos en los juicios orales”
19 de octubre de 2007

- Mtro. Francisco Delgadillo Aguirre
INDECAP A.C.
Ciclo: *Los Juicios Orales*
“La defensa penal en los juicios orales”
25 de octubre de 2007

- Dra. Silvia Estrever Escamilla
Poder Judicial de la Federación
Ciclo: *Los Juicios Orales*
“Administración y ejecución de la justicia penal oral”
30 de octubre de 2007

- Lic. Carlos Alfredo Soto Morales
Suprema Corte de Justicia de la Nación
“Pasado y presente de la Constitución mexicana”
15 de noviembre de 2007
- Dr. Marco Antonio Muñoz Guzmán
Universidad Cristóbal Colón
“La facultad de investigación de la SCJN”
23 de noviembre de 2007

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Serifa BT de 8, 10, 12, 14 y 17 puntos. La edición consta de 2,000 ejemplares. Enero de 2009.

