

AÑO III NÚM. 6 ENERO-JUNIO DE 2013

HEURÍSTICA

ISSN: 2007-3712 JURÍDICA



**ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO,
FILOSÓFICO Y SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS**



UACJ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ
Instituto de Ciencias Sociales y Administración
Departamento de Ciencias Jurídicas



HEURÍSTICA

JURÍDICA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ



SEMINARIO PERMANENTE
DE LEGISLACIÓN, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

HEURÍSTICA JURÍDICA

ÓRGANO DE DIFUSIÓN Y ANÁLISIS JURÍDICO, FILOSÓFICO Y SOCIAL
DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

Ricardo Duarte Jáquez
RECTOR

David Ramírez Perea
SECRETARIO GENERAL

Manuel Loera de la Rosa
SECRETARIO ACADÉMICO

Juan Ignacio Camargo Nassar
DIRECTOR DEL INSTITUTO
DE CIENCIAS SOCIALES
Y ADMINISTRACIÓN

Ramón Chavira
DIRECTOR GENERAL DE DIFUSIÓN
CULTURAL Y DIVULGACIÓN
CIENTÍFICA

Óscar Dena Romero
DIRECTOR GENERAL

Rodolfo Gutiérrez Sánchez
DIRECTOR OPERATIVO

CONSEJO EDITORIAL

Óscar Dena Romero
Rodolfo Gutiérrez Sánchez
Jorge Alberto Silva Silva
Luis Ernesto Orozco Torres
Jesús Antonio Camarillo Hinojosa
Carlos Gutiérrez Casas
Roberto Vargas Luna

STAFF

María Elena Vázquez Robles
Brenda Alcántar Gabaldón
Cristina Álvarez Briones

CORRECCIÓN:

Jorge Hernández Martínez

DISEÑO:

Marco Antonio López Hernández

HEURÍSTICA JURÍDICA

Año 3, núm. 6, semestre enero-junio 2013. Es una publicación semestral y es un órgano de difusión y análisis jurídico, filosófico y social de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Departamento de Ciencias Jurídicas del Instituto de Ciencias Sociales y Administración (ICSA), que se publica con apoyo de recursos PIFI. Domicilio: Av. Universidad y H. Colegio Militar (zona Chamizal) s/n, C.P. 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Tels. (656) 688 3800, 688 3813, 688 3830 y 688 3856, correo electrónico: heuristicajuridica@hotmail.com

Editor responsable: Óscar Dena Romero. Reserva de derechos al uso exclusivo núm. 04-2014-030611292500-102, ISSN: 2007-3712

Impresa en la Imprenta Universitaria de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Av. Hermanos Escobar y Av. Plutarco Elías Calles, C.P. 32310, Ciudad Juárez, Chih. Distribuidor: Jefatura de Promoción y Logística Editorial. Este número se terminó de imprimir en enero de 2015, con un tiraje de 600 ejemplares.

Los artículos presentados son resultado del trabajo realizado por los integrantes del Seminario permanente de legislación, teoría general del derecho y filosofía del derecho; también son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial bajo condición de citar la fuente.

CONTENIDO

EDITORIAL	5
Notas de filosofía y filosofía del derecho ÓSCAR DENA ROMERO Y MARTHA AURELIA DENA ORNELAS*	9
La especificidad de la interpretación constitucional JESÚS ANTONIO CAMARILLO.....	23
La obligación del juez de exequátur de revisar la competencia del juez extranjero sentenciador JORGE ALBERTO SILVA.....	29
Verificaciones de mercancía en transporte por agentes de la policía ADRIÁN IGNACIO RODRÍGUEZ ALMEIDA.....	49
La indeterminación económica de daño moral JESÚS ABRAHAM MARTÍNEZ MONTOYA.....	59
Derechos fundamentales en el paradigma del neoconstitucionalismo: un bosquejo JESÚS CRISTIAN ACEVES MEDRANO.....	65

**Relación entre los poderes legislativo
y ejecutivo en los distintos sistemas políticos**

CARLOS GUTIÉRREZ CASAS.....

77

**Los derechos humanos y el
derecho subjetivo. Los términos de
una polémica**

ÓSCAR ALTAMIRANO PIÑA.....

103

**¿Es el juicio de amparo el mecanismo
idóneo para la protección
de derechos humanos?**

JOAHO BOGART ACOSTA LÓPEZ.....

117

EDITORIAL

I. 30 AÑOS DE REFORMAS PARA DESMANTELAR LA ECONOMÍA DEL PAÍS

Durante más de 30 años, el Estado mexicano se ha ido desmantelando gracias a un gran número de reformas que se han venido aprobando en detrimento de los intereses de la gran mayoría de la población. Ello, con el pretexto de modernizar al país, pero, en realidad, el propósito es entregar los recursos naturales y jugosos negocios a potencias extranjeras y a unos cuantos pseudoempresarios que se amparan del tráfico de influencias con el poder. Esta falsa modernización tiene sus orígenes en el Consenso de Washington en la década de los 80's, misma que se apresuró con la terminación de la Guerra Fría, en la década subsecuente.

Fue en el gobierno de Miguel de la Madrid (82-88), cuando se comenzaron a realizar estos cambios, bajo el mando del entonces Secretario de Programación y Presupuesto, Carlos Salinas de Gortari, quien más tarde asumiría la presidencia de la República, en comicios totalmente fraudulentos, donde por primera vez le robaron una elección presidencial a la izquierda mexicana. Ya con Salinas en el poder, se entregaron empresas mexicanas importantes, como TELMEX, la banca mexicana, minas y recursos naturales, a pesar de ser el sustento de la economía y del Estado de bienestar en nuestro país.

II. LA "OBSEQUIOSA" POLÍTICA ECONÓMICA DE FOX AL INTERÉS FORÁNEO

Siguio el sexenio de Ernesto Zedillo, pero, nada lo detuvo en continuar con las políticas económicas que habían emprendido sus antecesores. Llegó por primera vez, después de 70 años, cambio en el go-

bierno, con un presidente emanado de otro partido, que no fuera el PRI, sin embargo, no hubo transición política ni económica, por el contrario, con Vicente Fox a la cabeza de poder y con la misma estructura salmista, la economía mexicana siguió entregándose a los extranjeros y concentrándose la riqueza en muy pocas manos. A la par, cada vez hay más mexicanos que se unen a las filas de la pobreza y de la extrema pobreza, basta decir que datos duros indican que hay aproximadamente 60 millones de mexicanos pobres y otros 20 millones en estado de extrema pobreza, es decir, que viven con menos de 1 dólar diario; además, el poder de compra de los mexicanos, se ha desgastado en un 80% los últimos 30 años, esto significa que los mexicanos necesitamos trabajar cuatro veces más para poder adquirir los bienes y servicios que consumíamos en aquél tiempo.

III. LAS 20 FAMILIAS MÁS RICAS DEL PAÍS

A pesar de la inmensa riqueza con la que gozan las 20 familias más ricas del país, quienes se encuentran dentro de los más ricos del mundo, no se conforman y quieren seguir realizando negocios con las grandes corporaciones extranjeras. Es por ello, que se han venido fraguando una serie de reformas jurídicas, bajo el esquema de reformas estructurales, con la idea de entregar totalmente los recursos energéticos a empresas de otros países.

A partir de que el IFE le entregó el triunfo a Enrique Peña Nieto, después del derroche de recursos para comprar el voto, el gobierno saliente, de otro presidente que llegó bajo el esquema del fraude electoral, Felipe Calderón, pactó con el grupo que asumiría el poder y con una parte del PRD, los chuchos, así llamados, para consumir la tan anhelada reforma estructural, que no tiene más objetivo que el de apoderarse de los recursos energéticos.

IV. LA REFORMA LABORAL

Primero se fraguó la reforma laboral, aprobada a finales del 2012, cuyo punto principal es el que los empleadores puedan libremente determinar la movilidad laboral, en detrimento de la seguridad social de los trabajadores, el derecho al empleo permanente, una justa indemnización en caso de despido sin causa justificada, los derechos derivados de la antigüedad, entre otros; sin que se tocan las normas que obstaculizan la democracia sindical en México.

V. LA REFORMA "EDUCATIVA"

Durante varios años, se ha ido deteriorando la calidad de vida de los profesores, así como el papel que éstos juegan dentro de una sociedad democrática. Muy atrás quedaron los años en el que los profesores eran la semilla para el desarrollo de una sociedad más justa, equitativa y democrática, pero, esto no es consecuencia de la formación de nuestros profesores, al contrario, se debe a una estrategia de los gobiernos neoliberales, en la que el profesor no es necesario en un país que pretende ser generador de trabajadores no calificados, en el que se abarata la mano de obra y se entregan sus recursos naturales. Por tal motivo, se aprobó una reforma educativa en la que se pretende, antes que elevar la calidad de la educación en nuestro país, desconocer conquistas laborales de los trabajadores de la educación, por un sistema de competencias individualizadas, además con tendencias privatizadoras de la educación. Si en realidad se tuviera la intención de querer elevar la calidad de nuestra educación, se harían un sinnúmero de cambios, consensados con el sector educativo, además, el gobierno aprobaría inversiones para mejorar la infraestructura educativa, los materiales educativos, los programas educativos, la becas para estudiantes de recursos escasos, entre otros puntos.

Los programas de capacitación que se van a generar a partir de la reforma educativa, no tiene más fines que el ir privatizando el sector, con empresas privadas que se van a encargar de realizar esta tarea, además, bajo este sistema se pretende controlar socialmente al profesor, condicionando los recursos económicos a los que pueda tener acceso, a la capacitación que determine el sector privado, al margen de los intereses nacionales.

VI. REFORMAS CON TENDENCIA PRIVATIZADORA: HACENDARIA Y FINANCIERA

Otra de las reformas con tendencia privatizadora del sector energético, es la llamada reforma hacendaria y financiera. Por un lado, la reforma hacendaria, que no consiste más que en el aumento de impuesto a la clase pobre y media, pretende tapan el hoyo financiero que se va a hacer con la privatización del sector energético. El aumento del 45% del IVA en la frontera, el aumento al ISR, el aumento a los energéticos, como la gasolina, la luz y el gas, el cobro de impuestos especiales como las bebidas azucaradas y la comida de mascotas, entre otros, sólo traerá mayor inflación y como consecuencia, mayor pérdida del poder de compra de los mexicanos más pobres y de clase media; sin embargo, esta reforma

ya aprobada no toca a los más ricos, a los que se les seguirá perdonando los impuestos y, por otro lado, no emprende un programa de austeridad burocrática y de combate a la corrupción.

VII. LA REFORMA ENERGÉTICA

Actualmente, la empresa mexicana Pemex, cubre el 40% del gasto del gobierno. A partir de la reforma energética, se estima que Pemex dejará de pagar un 49% de sus contribuciones al gobierno, gracias a que esas contribuciones se distribuirán entre los futuros socios de Pemex que realicen contratos de utilidad compartida. Por esas razones, al gobierno de Enrique Peña Nieto, le urge sacar dinero de la clase pobre y media para poder cubrir el boquete que deja Pemex, al ya no entregar todas sus ganancias al gobierno, sino, compartirlas con las trasnacionales petroleras.

El colofón de estas reformas es la energética: la venta de petróleo de la empresa Pemex al extranjero, deja ganancias de hasta 100,000 millones de dólares al año. Por cada barril de petróleo que Pemex vende en 100 dólares, aproximadamente, tiene un costo total de 8 dólares, tomando en cuenta, incluso, la corrupción que hay en Pemex; por eso, el petróleo se ha convertido en el negocio más jugoso que pueda existir a nivel mundial, las corporaciones extranjeras lo saben y por eso están exigiendo al gobierno mexicano que privatice no a Pemex, sino el petróleo. Claro que Pemex no se privatiza, ni los extranjeros lo quieren, ya que significaría lidiar con todo el aparato burocrático y el sindicato corrupto; lo que la reforma pretende es privatizar el petróleo, mediante contratos de utilidad compartida, en la que Pemex se obligaría a entregar a los inversionistas privados un 49% de sus utilidades.

Se dice que Pemex requiere de inversión privada para explorar en aguas profundas, donde se encuentra la mayor parte de petróleo; esto no sería necesario, si el régimen fiscal de Pemex hubiese sido modificado y dejara de entregar el 100% de utilidades al gobierno y le permitiera a Pemex invertir en tecnología, en infraestructura para explorar en aguas profundas, además en refinerías que le permitiera a México ser un país autosuficiente y barato para los mexicanos, en materia energética a través de la misma empresa Pemex y CFE.

Notas de filosofía y filosofía del derecho

Óscar Dena Romero* y Martha Aurelia Dena Ornelas*

SUMARIO:

I. Introducción. II. La Filosofía en el Cuadro General del Saber. III. Noción de Filosofía. IV. Importancia de la Filosofía. V. Metodología. VI. Notas sobre Filosofía del Derecho. VII. La Iusfilosofía como investigación problemática. VIII. Diversas acepciones de Filosofía del Derecho. IX. Metodología de la Filosofía del Derecho. X. Conclusión. XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la cultura pragmatista posmoderna la filosofía es un saber que goza de poca popularidad. La razón es obvia: la gente quiere saber cómo hacer las cosas y cómo ganar dinero. Un estudiante de derecho, por ejemplo, quiere que lo enseñen a manejar un código para formular una demanda o contestarla, pero poco le interesan los fundamentos teóricos de la disciplina jurídica.

El desprecio por la filosofía no se concreta nada más a esto. El problema es aún más grave. La actitud desdeñosa contra las diferentes disciplinas filosóficas se ha manifestado con tal descaro, patentizado en varios intentos desgraciadamente consumados para erradicar, por ejemplo, a la lógica de las escuelas de enseñanza media superior, no obstante que se trata de un saber primordial cuyo objetivo es enseñarnos el pensamiento correcto y verdadero. No se olvide, además, que la lógica es

* Departamento de Ciencias Jurídicas, UACJ.

*...la filosofía es un
saber imprescindible
para cultivar la
mente humana
enseñándola a pensar
con profundidad
las causas últimas
de todas las cosas.*

la puerta de entrada al conocimiento filosófico, proporcionándonos las categorías claves para entenderlo y para incursionar en otras disciplinas con mejor inteligencia.¹

No cabe duda: sobre la cabeza de la filosofía pende una sentencia de muerte. Esta decisión, que atenta contra el patrimonio más preciado de la civilización occidental, en México emerge y recibe su impulso, nada más ni nada menos, que de la propia Secretaría de Educación Pública. Tal parece que el objetivo de esta suprema instancia educativa del país pretende egresar de las escuelas generaciones de cretinos incapaces del pensamiento crítico, y convertirnos a todos en meros operarios de la máquina, como advertía Vasconcelos hace ya varias décadas. En México, dicho sea de paso, la educación en todos sus diferentes niveles es producto de la consigna foránea.

Sin embargo, la filosofía es un saber imprescindible para cultivar la mente humana enseñándola a pensar con profundidad las causas últimas de todas las cosas. Bien decía el ilustre filósofo hispano, Jaime Luciano Balmes, que "Donde hay un hombre que piensa sobre un objeto inquiriendo su naturaleza, sus causas, sus relaciones, su origen, su fin, ahí hay un filósofo".

La filosofía es, sobre todo, la vértebra fundamental del humanismo porque sin ella el ser humano se desmorona debido a que el hombre está condenado a desaparecer, con todo y su gran civilización, cuando alienta y respira en un medio antifilosófico que le impide ir a la búsqueda de las grandes verdades fundamentales para orientar su vida y su destino.

Hechas estas breves consideraciones, resulta imprescindible para un estudiante de derecho un curso de filosofía jurídica que le permita conocer la esencia y la razón de ser del derecho, para un mejor dominio de las diversas ciencias que conforman su disciplina de estudio. Medítese este pensamiento de Francesco Carnelutti:

Ninguna rama de la ciencia vive sin respirar filosofía, pero esta necesidad es sentida en el derecho más que en cualquier otra... a medida que se avanza por el camino de la jurisprudencia, el problema de lo metajurídico revela más y más su importancia decisiva; el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe sino derecho en realidad no conoce ni el mismo derecho.

Ahora bien, si la filosofía jurídica es un saber fundamental para el estudio del derecho, su estudio presupone dos cosas: saber filosofía y saber derecho. En consecuencia y en atención a esta doble necesidad iniciaremos

1 "La importancia fundamental de la lógica se evidencia en el hecho de que la observancia de sus reglas es una condición necesaria para toda ciencia. Esto quiere decir que no hay por principio empresa científica alguna cuando no se siguen, por los menos, dichas reglas..." Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 1990, p. 3.

estos apuntes con unas breves lecciones de filosofía general para luego introducirnos en el maravilloso universo de la filosofía del derecho.

Existe, además, otra razón de mucho peso para iniciar estos apuntes de filosofía del derecho con unas breves lecciones propias de filosofía general. La razón está en el bajo nivel al que descendió la enseñanza de la filosofía en las escuelas de nivel superior en las que, según hemos dicho, se eliminó la lógica de otras disciplinas como la historia de la filosofía han sido reducidas a conocimientos muy rudimentarios. En suma, para decirlo de forma categórica, el alumno egresa de las preparatorias con una escasa información filosófica.

FILOSOFÍA EN EL CUADRO GENERAL DEL SABER

Si nos preguntamos qué es la filosofía, al instante surgen cuestionamientos como estos: ¿Es una ciencia? ¿Es una ciencia como las otras o es un conocimiento específico con características propias?²

La respuesta a estos interrogantes no es inmediata ni fácil. Requiere primero ubicar a la filosofía en el cuadro general de los saberes humanos y esto nos lleva a examinar los diferentes tipos de conocimientos:

Conocimiento empírico

Este tipo de saber se caracteriza porque se basa en la experiencia sensible, es decir, en los datos que registran los sentidos pero no se pregunta por qué de los fenómenos que captamos a través de ellos.

Si a un campesino le preguntamos en qué consiste el fenómeno de la lluvia es seguro que nos dará una noción superficial, confusa y desordenada, sin preguntarse el por qué que está más allá de la apariencia fenoménica, es decir, nos dirá que la lluvia es algo que se da en un cielo o de nubes, relámpagos y truenos que aparecen como preludio de una tormenta que comienza a caer.

Este tipo de conocimiento los griegos lo llamaron *doxa*, o sea, opinión de los sentidos:

Conocimiento científico

Este tipo de conocimiento científico es aquel que a partir del dato sensible se pasa a la explicación causal del fenómeno. Se trata, pues, de una explicación causal de las cosas por sus causas próximas.

El meteorólogo, a diferencia del campesino, cuando se le pregunta qué consiste el fenómeno de la lluvia no se conforma con la explicación que da el campesino, sino que busca la explicación causal a lo que captan los sentidos, nos da la razón que está más allá de la apariencia fenoménica.

Ahorabien, si la filosofía jurídica es un saber fundamental para el estudio del derecho, su estudio presupone dos cosas: saber filosofía y saber derecho.

² Floch Ibarra y Tejedor Campomanes, *Apuntes de antropologías filosóficas*, Folia Universitaria, Guadalajara, Jalisco, 2002.

En el pensamiento griego está implícita allá del fenómeno y nos dice, por ejemplo, que se trata de un fenómeno atmosférico que se origina en la condensación del vapor de agua contenido en las nubes.

la idea de que la *Saber filosófico*

humildad es el

principio de la

sabiduría, ayer,

hoy y siempre.

El saber filosófico, en cambio, es aquel que se caracteriza por su profundidad y universalidad. Es también un saber explicativo de las cosas por sus causas últimas y necesarias. Es la sabiduría humana por excelencia.

Si el biólogo, por ejemplo, se pregunta en qué consisten las funciones vitales, el filósofo, en cambio, se pregunta el porqué de la vida, ¿qué es la vida?, ¿por qué unos seres materiales tienen vida y otros carecen de ella?, ¿en qué consiste la muerte?, ¿por qué muere el ser vivo?

Entre los griegos, el conocimiento explicativo, es decir, el que da razón de las cosas por sus causas, fue llamado *episteme* a diferencia de la *doxa* que, como ya dijimos, es el que se concreta en una simple opinión de los sentidos.

De esto se sigue que tanto la ciencia como la filosofía son *episteme*, pero la primera es saber por causas necesarias próximas y la segunda es saber por causas necesarias últimas. En esto reside la diferencia entre el conocimiento científico y el conocimiento filosófico.

Saber teológico

Sobre este conocimiento nos dicen lo siguiente Benloch y Tejedor:

- Por encima de la sabiduría humana está la sabiduría divina.
- Dios tiene un conocimiento divino de todas las cosas y ha comunicado al hombre algo de ese conocimiento en la Revelación.
- Saber teológico es la exposición ordenada y sistemática de todo lo que Dios ha revelado.³
- El saber teológico es, pues, la sabiduría divina por excelencia.

III. NOCIÓN DE FILOSOFÍA

El origen etimológico de la palabra filosofía se lo debemos a Pitágoras, el célebre filósofo griego quien, disertando ante el rey Leonte, este quedó asombrado de la sabiduría de aquel y lo llamó en espontánea exclamación "sabio". Sin embargo, ante el nobilísimo título Pitágoras le respondió con humilde actitud: "Yo no soy sabio, sino un amante de la sabiduría, es decir, un filósofo".

Cabe hacer notar que esta actitud de humildad es característica del pensamiento griego. Sócrates, por ejemplo, con su lapidaria frase "solo sé que no sé nada" también asume una actitud que está muy lejos de la presunción y fatuidad del falso sabio. En el pensamiento griego está

³ Benloch Ibarra y Tejedor Campomanes, op. cit., p. 16.

implícita la idea de que la humildad es el principio de la sabiduría, ayer, **hoy** siempre.

Desde el punto de vista de su definición real, la filosofía, según Faría, es la ciencia que estudia todos los seres por sus causas supremas. Este autor explica así su definición:

- Ciencia: se trata de un conocimiento cierto y metódico por causas.
- Que estudia los seres, todos los seres, sin excluir a ninguno, tanto materiales como espirituales, los existentes y los meramente posibles; pero Faría nos hace notar que este estudio no es individual ni particular, sino en lo que ellos tienen de común, razón por la cual se llama a la filosofía ciencia del ser en general.
- Por sus causas supremas: porque indaga las causas últimas escondidas en los fenómenos. Trasciende la apariencia fenoménica y busca la explicación más profunda. Indaga el problema de la naturaleza de las cosas. Se pregunta, por ejemplo: ¿Qué es un cuerpo? ¿Qué es la vida? ¿Cuál es el origen del universo? ¿Cuál es el destino del hombre?⁴

Como todas las ciencias, la filosofía tiene dos objetos:

- Uno material, es decir, la cosa que se estudia considerada indeterminadamente y que por lo mismo puede ser materia de estudio de diversas disciplinas científicas. Ejemplo: el cuerpo humano es objeto material de estudio de la anatomía, de la histología y de la fisiología.
- Otro formal, que viene a ser el aspecto determinado que se estudia del objeto material. Si atendemos el ejemplo que antecede advertimos que el cuerpo humano es el objeto o materia de estudio de varias ciencias; sin embargo, a diferencia de este, el objeto formal estudia aspectos determinados de las cosas. Así, en el caso de la anatomía consiste en estudiar por separado todas y cada una de las partes del cuerpo humano; en la histología, estudiar los tejidos del cuerpo humano; y en la fisiología, estudiar las funciones de los órganos. De esto se sigue, pues, que es el objeto formal el que nos permite diferenciar una ciencia de otra, el que las especifica y distingue.

Aplicados a la filosofía estos criterios sobre el doble objeto de las ciencias, podemos concluir que:

- El objeto material de la filosofía es la universalidad o totalidad de los seres en general. Se trata, pues, en el sentido estricto de la expresión, de una cosmovisión

4 Faría, Rafael, *Curso de filosofía*, tomo 1, *Lógica*. Librería Voluntad, Bogotá, Colombia, 1962, pp. 195-196.

Pero nuestra ciencia no termina en el concepto, sino en la realidad. El concepto no es un término, sino un medio quo o in-quo conocemos la realidad. En el idealismo, el proceso parte del concepto para llegar a los seres.

- Y ya que hablamos del objeto material de la filosofía, es conveniente y saludable considerar, para un recto filosofar, que el punto de partida del quehacer filosófico es la realidad, toda la realidad, la generalidad de las cosas que existen fuera de nuestra mente. De ahí pues que la filosofía no se hace a partir de las ideas de los filósofos sino de la imponente realidad del ser. Esto que afirmamos vale tanto para la filosofía como para las ciencias.

En la ciencia lo que manda, ante todo, es la realidad que es lo que toda ciencia que se precie de tal debe aspirar a conocer. La ciencia no tiene que elaborar sus objetos, como pretende el idealismo porque todos ellos están ahí, presentes y reales fuera de nuestra inteligencia, desde que Dios los creó. Los objetos de la ciencia son ni más ni menos que todos los seres de la realidad. Lo que necesita la inteligencia humana es elaborar los conceptos representativos de esos seres, los cuales podrán ser directos, positivos, fijos, estables y universales de aquellos seres que caen dentro del ámbito propio de nuestro entendimiento, como son todas las entidades móviles y contingentes del mundo físico; e indirectos y analógicos, es decir, fundamentalmente negativos de las realidades trascendentes, que, como Dios, exceden la capacidad de nuestra aprehensión directa.

Pero nuestra ciencia no termina en el concepto, sino en la realidad. El concepto no es un término, sino un medio *quo* o *in-quo* conocemos la realidad. En el idealismo, el proceso parte del concepto para llegar a los seres. En el realismo partimos de los seres para llegar a sus conceptos.⁵

- El objeto formal y especificativo de la filosofía es procurar el conocimiento más profundo de los seres. Es importante hacer notar aquí que este objeto es el que hace de la filosofía una ciencia específica, distinta a las demás, pero no obstante una ciencia propiamente hablando. Una ciencia de las ciencias.

Ahora bien, como la filosofía es una ciencia o conocimiento que indaga las causas más profundas y los principios supremos de las cosas, se impone un análisis, aunque sea breve, de las cuatro causas aristotélicas.

⁵ Fraile, Guillermo, *Historia de la Filosofía*, T., I Grecia y Roma, 3ª edición, BAC, Madrid, 1971, pp. 20-21.

En el lenguaje cotidiano, el uso del término "causa" es común entre las personas. La mayoría de ellas hacen referencia a las causas de las cosas, pero si les preguntamos qué entienden por causa, no saben qué responder. Sin embargo, las escuchamos preguntar cuál es el origen de algo, de qué está hecho algo, qué es algo y para qué sirve algo. Es decir, sin saber han hecho referencia a las cuatro causas aristotélicas.

Ahora bien, según Walter Brugger, en Aristóteles y en la filosofía escolástica se entiende por causa todo principio del ser, del cual depende realmente de alguna manera la existencia de un ente contingente.⁶

Otros autores en términos más sencillos nos explican que "causa es todo lo que influye en la realidad o modificación de una cosa" y siguiendo a Aristóteles nos indican que las causas pueden reducirse a cuatro:

- Causa material, o sea, la materia de la que está hecha una cosa; por ejemplo, en una estatua, la madera.
- Causa eficiente es la que con su acción produce o modifica al ser; por ejemplo, el escultor que modifica la estatua.
- Causa final es la intención o el fin que la causa eficiente se propone; se concreta en la pregunta acerca de para qué sirve algo.
- Causa formal es la que especifica o determina al ser; por ejemplo, la que hace que una estatua sea estatua y no otra cosa.

Las causas antes mencionadas responden a las siguientes preguntas:

- Material: ¿De qué está hecha una cosa?
- Eficiente: ¿Cuál es el origen o quién ha hecho tal cosa?
- Formal: Responde a la pregunta ¿Qué es algo?
- Final: ¿Para qué sirve algo?

Las causas antes mencionadas se dividen en:

- Intrínsecas { causa material, causa formal
- Extrínsecas { causa eficiente, causa final

IV. IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA

Sobre la importancia de la filosofía como ciencia de las ciencias, nos dice Rafael Faría: "La filosofía es la ciencia de las ciencias, porque las fundamenta, perfecciona, resguarda y unifica".

1, Las fundamenta, porque establece los principios y nociones fundamentales en que se basan. Les brinda los primeros principios, como los de contradicción, identidad, causalidad, finali-

⁶ Brugger, Walter, *Diccionario de filosofía*, Editorial Herder, Barcelona, 1962, p. 85.

...la filosofía del derecho no es otra cosa que una reflexión sobre una parcela específica de la realidad total que comprende, precisamente, el mundo de lo jurídico, es decir, de todo el derecho.

dad; y cierto número de nociones fundamentales, como las de naturaleza, causa, materia, etcétera.

2. **Las perfecciona.** Se basa en las deducciones de la física, química, cosmología, biología y demás ciencias para penetrar más íntimamente en la naturaleza de los seres. Donde la ciencia termina, la filosofía empieza.
3. **Las resguarda,** porque les brinda principios y normas generales que las preservan del error.
4. **Las unifica.** La filosofía sirve de nexo a las ciencias particulares. Sus nociones generales, sus grandes principios son un terreno común en que las ciencias se encuentran y marchan al unísono. La filosofía investiga también los métodos que utilizan las ciencias y hace la crítica de ellos. En fin, la filosofía, al coordinar las diversas ciencias, "nos brinda un conocimiento más completo y profundo del ser, del universo, del hombre y de Dios".⁷

V. METODOLOGÍA

La filosofía, como cualquier otra ciencia, tiene sus propios métodos o caminos para alcanzar sus diversos objetivos de estudio. En efecto, los métodos de estudio de la filosofía son seis:

1. Método experimental
2. Método racional
3. Método deductivo
4. Método inductivo
5. Método *a priori*
6. Método *a posteriori*

VI. NOTAS SOBRE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Después de las consideraciones sobre filosofía general que anteceden podemos adentrarnos a dilucidar el concepto de filosofía del derecho para distinguirlo de lo que es la teoría general del derecho y la ciencia dogmática del derecho. Desde luego que el estudio de estas tres disci-

⁷ Faría, Rafael, *op. cit.*, nota 2, p. 198.

plinas jurídicas nos complica el análisis de cada una de ellas porque en el pensamiento moderno son cuestiones sumamente debatidas, preferentemente en el ámbito de la filosofía analítica del derecho. Creemos que uno de los militantes de esta línea de positivismo jurídico que mejor analiza este problema es Riccardo Guastini, a quien tomaremos como punto de referencia para hacer las consideraciones respectivas.

A primera vista y después de todo lo dicho podemos inferir sin mayores complicaciones que la filosofía del derecho no es otra cosa que una reflexión sobre una parcela específica de la realidad total que comprende, precisamente, el mundo de lo jurídico, es decir, de todo el derecho.

La filosofía del derecho -afirma Agustín Basave Fernández del Valle— no es más que la aplicación de la filosofía en un determinado sector de la cultura: el sector jurídico. Aparte de su conocido y profundo sentido etimológico de amor a la sabiduría —que en este caso sería amor a la sabiduría jurídica—, la filosofía del derecho no se puede hacer sin profundidad, sin altura de visión, sin reflexión madura y equilibrada, sin limpia universalidad. En lo accidental se busca el núcleo substancial, en lo mudable se busca el eje inmutable. El filósofo del derecho ve con ojos filosóficos todo el ámbito jurídico, va mucho más allá de un comentario doctrinal a tal artículo de una ley o a tal sentencia de un magistrado de la Suprema Corte de Justicia de una nación. No sólo es alta especulación sino fuerza vital para investigar los fundamentos primigenios y los últimos fines (del derecho). No se trata de un aditamento vano sino de una vocación que se apodera del jurista —cuando se convierte en filósofo del derecho— o del filósofo cuando se decide a conocer el sector jurídico en toda su extensión y profundidad.⁸

VII. LA IUSFILOSOFÍA COMO INVESTIGACIÓN PROBLEMÁTICA

La filosofía del derecho como investigación problemática del sector jurídico se plantea tres cuestiones fundamentales:

- ¿Cuál es el objeto propio de la filosofía del derecho?
- ¿Constituye la filosofía del derecho una ciencia jurídica?
- ¿Por qué es preciso filosofar sobre el derecho?

A estas interrogantes, Rafael Preciado Hernández responde así en sus *Lecciones de filosofía del derecho*:

A La primera: El objeto material de la filosofía jurídica es todo el derecho, el positivo y el natural, el vigente y el no vigente, el escrito y el con-

8 Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, pp. 13 y 14.

suetudinario; su objeto formal es la investigación de las causas últimas, de las razones más elevadas de los primeros principios del derecho.

A la segunda: La filosofía del derecho es una ciencia en sentido lato, en cuanto conocimiento, por causas necesarias últimas de todo el derecho, pero sin confundirse con las ciencias particulares de la dogmática jurídica.

A la tercera: El iusfilósofo mexicano en cita nos da una triple respuesta:

1. Porque el derecho positivo resulta incomprendible si no lo referimos a nociones y criterios que el propio derecho positivo postula y cuya validez toca precisamente a la filosofía jurídica establecer.
2. Porque el "objeto derecho" hace referencia a criterios racionales éticos que no pueden entenderse si no se les considera en relación con los valores jurídicos-filosóficos que constituyen su causa final.
3. Porque el problema de la justificación concreta del contenido de los preceptos del derecho positivo, es decir, su justicia o injusticia, excede con mucho los límites de la "ciencia jurídica positiva" y ello le compete a la filosofía del derecho.⁹

Es importante considerar, como colofón de lo anteriormente dicho, que la filosofía del derecho, como todas las ciencias, constituye un sistema de conocimientos ciertos y probados, metódicamente fundados, sobre las distintas parcelas de la realidad. Ahora bien, si las ciencias, incluyendo la filosofía como ciencia en sentido lato, han de evadir el "subjetivismo", hay que tomar en consideración la advertencia de Mantilla Pineda de que

[...] todas las ciencias se sirven de supuestos lógicos no elaborados por ellas mismas. Sus supuestos de la realidad son: la existencia del mundo externo, el orden en el universo y el principio de causalidad, que ninguna ciencia discute; y supuestos lógicos: el principio de identidad, el de contradicción, el del tercero excluido, el de razón suficiente, que no son materia de especulación dentro de los límites de la ciencias experimentales, pero que todas aceptan.¹⁰

En concreto la filosofía del derecho se propone la ardua indagación sobre cuál sea la esencia, la *ratio essendi* del derecho, porque no se conforma con la pueril explicación de que el derecho sea un conjunto de normas, sin atender que el derecho también es *unafacultas*, pero sobre todo conducta jurídica, es decir, obrar específicamente humano

9 Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, séptima edición, Editorial Jus, S.A., México, 1973, pp. 11-25.

10 Mantilla Pineda, Benigno, *Filosofía del derecho*, Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2003, p. 6.

que se realiza con conocimiento y voluntad, caracterizada por su exterioridad, su alteridad, su obligatoriedad objetiva y su coercibilidad.

Cabe hacer notar que con la filosofía del derecho pasa lo mismo que con la sociología, que aparece tardíamente en el cuadro general del conocimiento con Augusto Comte en la primera mitad del siglo XIX. En efecto, antes que apareciera la sociología como ciencia independiente es bien sabido que en los siglos anteriores hubo monumentales estudios sobre la sociedad, pero realizados desde la perspectiva de otras ciencias. Lo mismo ha sucedido con la filosofía del derecho, pues si bien es cierto que hubo juristas filósofos como Cicerón o filósofos juristas como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez y Leibniz, lo cierto es que en sentido estricto se comienza a hablar de filosofía del derecho a partir de Hegel.

Otro punto de discusión en torno a la filosofía del derecho es el que considera si esta rama del saber debe ser cultivada por filósofos o por juristas. En torno a este asunto, Mantilla Pineda sienta la tesis de que

[...] la Filosofía del Derecho ha sido cultivada tanto por filósofos como por juristas con interés más o menos igual... Para hacer filosofía del derecho es necesario tener familiaridad con el derecho... pero también es necesario un conocimiento profundo de la filosofía, porque discurrir sobre un tema filosófico es poner en juego toda la filosofía...¹¹

Ricardo Guastini, por su parte, distingue entre la filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas y concluye en que lo que llamamos teoría del derecho es para él la filosofía del derecho de los juristas. Funda su afirmación en dos razones:

- a) En primer lugar, dice, no puede ser practicada más que por juristas profesionales... (no se puede hacer este tipo de filosofía del derecho sin conocer el derecho).
- b) En segundo lugar, es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas.

Estas consideraciones de Guastini parten del supuesto de que la filosofía del derecho está vinculada a la vieja idea de que la filosofía es, precisamente, una concepción general del mundo y que en cambio la filosofía del derecho de los juristas está vinculada a la filosofía contemporánea, de línea empirista, y que reduce todo el quehacer filosófico al análisis lógico del lenguaje.¹²

¹¹ Mantilla Pineda, Benigno, *Opus cit.*, p. 3.

¹² Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 19.

*la filosofía del derecho,
COMO todas las ciencias,
constituye un sistema
de conocimientos
ciertos y probados,
metódicamente
fundados, sobre las
distintas parcelas
de la realidad.*

VIII. DIVERSAS ACEPCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

No obstante todos estos puntos de controversia en torno a la filosofía del derecho, han sido abundantes sus definiciones, que varían de acuerdo con las direcciones y tendencias iusfilosóficas de diferente perfil. He aquí algunas de ellas, citadas por Mantilla Pineda:

1. "En primer lugar entendemos por Filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden generar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto, y en segundo lugar, la misión que tiene la misma de enseñar en qué consiste la justicia" (Rodolfo Stammler).
2. "La filosofía del derecho es la doctrina del concepto y de la idea del derecho" (Max Ernest Mayer).
3. "La filosofía del derecho es la consideración valorativa del derecho" (Gustavo Radbruch).
4. "Es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres de su desarrollo histórico y los valores según el ideal de la justicia tratado por la pura razón" (Giorgio del Vecchio).¹³

Mantilla Pineda, por su parte, nos dice que "la filosofía del derecho estudia la estructura óptica, la esencia lógica y el valor del derecho".¹⁴

No obstante las discrepancias que podemos observar en las anteriores definiciones, hay en todas ellas un punto subyacente de convergencia porque en todas se percibe un propósito de estudiar la esencia, el sentido y el fin del derecho desde las causas últimas y supremos principios de la realidad jurídica.

IX. METODOLOGÍA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Como es obvio suponerlo, en la investigación iusfilosófica son igualmente aplicables los métodos propios de la filosofía general, como ya hemos dejado asentado en el sumario respectivo, pero también en la filosofía jurídica podemos observar una marcha metodológica específica, que Massini Correas expone con su acostumbrada claridad. En efecto, el iusfilósofo argentino nos enseña que en el estudio de cualquier realidad filosófica se ofrecen a primera vista dos puntos de partida posibles:

¹³ Mantilla Pineda, *op. cit.*, nota 6, p. 18.

¹⁴ *Ídem*, p. 19.

*la filosofía del derecho es un conocimiento fundamental del cual no puede prescindir el abogado que se forma en las escuelas de derecho, ni los maestros que imparten las asignaturas, ni los jueces que lo aplican, ni mucho menos los legisladores que elaboran las leyes y que, según enseña Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, no deben legislar contra la naturaleza de las cosas*

1. Intentar la investigación a partir de una idea innata de la realidad que desde la antropología aristotélica hasta nuestros días ha sido rechazada unánimemente. No existen ideas innatas porque "nada hay en el entendimiento que antes no haya pasado por los sentidos".
2. Iniciar la investigación iusfilosófica mediante "una apelación a la experiencia de las cosas jurídicas en su multiplicidad analógica, a los efectos de apreciar, a partir de ella, en qué consiste esa realidad y cuáles son los alcances y perfiles de la noción que la designa.

Ahora bien, ¿cómo es posible acceder correctamente a la experiencia que los hombres tienen del derecho? La respuesta que se ha propuesto, desde la filosofía práctica aristotélica a la actual filosofía analítica, es que una fuente privilegiada de esa experiencia es el lenguaje humano habitual o cotidiano... "Por todo ello, por su carácter colectivo y por su índole accidental, la más rica experiencia del derecho es la que se logra con la mediación del lenguaje jurídico, y a él se debe recurrir, por lo tanto, como línea de partida de la indagación de sus contenidos".¹⁵

X. CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se colige que la filosofía del derecho es un conocimiento fundamental del cual no puede prescindir el abogado que se forma en las escuelas de derecho, ni los maestros que imparten las asignaturas, ni los jueces que lo aplican, ni mucho menos los legisladores que elaboran las leyes y que, según enseña Montesquieu en *El espíritu de las leyes*, no deben legislar contra la naturaleza de las cosas.

Pero la necesidad de la filosofía del derecho se hace patente en grado superlativo en los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de cualquier país, para evitar disparates y desatinos con decisiones que son producto de la manipulación de textos constitucionales que no han leído o que interpretan frívolamente sin atender a la naturaleza de las

15 Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho*, tomo I, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 2005, pp. 28-29.

cosas humanas, como ha ocurrido en México en materia de matrimonio. Por ausencia de una profunda reflexión iusfilosófica que nos lleve a cuestionar si son jurídicas y por tanto obligatorias todas las reglas de conducta social formuladas por el poder público, los hacedores de leyes y los tribunales supremos encargados de aplicarlas han incurrido en graves extravíos al olvidar aquella enseñanza del *Digesto* acuñada por Celso: "Lo que está impedido por la naturaleza de las cosas, no se confirma por ninguna ley" (D. 50. 17. 188).¹⁶

XI. BIBLIOGRAFÍA

- Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Benloch Ibarra y Tejedor Campomanes, *Apuntes de antropología filosófica*, UAG, Folia Universitaria, Guadalajara, Jalisco, 2002.
- Brugger, Walter, *Diccionario de filosofía*. Editorial Herder, Barcelona, 1962.
- Faría, Rafael, *Curso de filosofía*, T. I, *Lógica*, Librería Voluntad, Bogotá, Colombia, 1962.
- Fraile Guillermo, O.P., *Historia de la filosofía*, T. I, *Grecia y Roma*, 3ª edición, BAC, Madrid, 1971.
- Guastinni, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- Irigoyen Troconis, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*. Instituto de investigaciones filológicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.
- Klug Ulrich, *Lógica jurídica*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.
- Mantilla Pineda, Benigno, *Filosofía del derecho*, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2003.
- Massini Correas, Carlos I. *Filosofía del derecho*, t. I, Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Argentina, 2005.
- Saldaña Serrano, Javier, *La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural. Los argumentos de J. Finnis y M. Beuchot*, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 1, UNAM, 2007.



¹⁶ Irigoyen Troconis, Martha Patricia, *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17)*, Instituto de Investigaciones Filológicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 21.

La especificidad de la interpretación constitucional

Jesús Antonio Camarillo*

Abordaré aquí algunas cuestiones que surgen de las aseveraciones en torno a la especificidad de la interpretación de la Constitución. Cabría reformular la cuestión y preguntarse si existe una diferencia entre la interpretación constitucional y la de un texto legal ordinario. Tanto el neoconstitucionalismo como las teorías de la argumentación responden afirmativamente al planteamiento. La Constitución, en este sentido, irrumpe como un texto especial que constituye el centro en torno al cual gira todo el sistema jurídico, en virtud de su supremacía, su carácter fundacional y contenidos axiológicos. Así, la Constitución es caracterizada como un texto omnipotente, presente en cualquier lectura o análisis del sistema jurídico. Regularmente es también pensada en términos de principios y directrices, susceptible de interpretarse a través de la ponderación y no desde lo que estas corrientes consideran los vetustos mecanismos de interpretación.¹

El que la Constitución sea considerada como un documento cualitativamente diferente del resto de los materiales jurídicos que integran un sistema jurídico, ha llevado a sostener la idea, por parte de estas corrientes, de que el método de interpretación jurídica debe ser diferente a los demás.

Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor-investigador de la UACJ.

Entre los autores que se han pronunciado por la especificidad de la interpretación constitucional destacan en nuestro país, entre otros, el profesor Héctor Fix-Zamudio, quien, además de hacer énfasis en la particularidad de la interpretación constitucional, se ha inclinado por

¹ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime (2007). *La argumentación como derecho*. México: UNAM, p. 50.

la figura del juez constitucional como intérprete final de la misma. En ese sentido, ha señalado:

Lo cierto es que más que en ningún otro sector del ordenamiento jurídico, la interpretación constitucional se encuentra vinculada con la axiología, ya que los intérpretes constitucionales...son varios, pero con mayor razón los jueces y tribunales, en particular los especializados, deben realizar una actividad muy compleja en la cual se aplican no únicamente los principios de la lógica jurídica tanto formal como material (la lógica de lo razonable)...sino también los principios básicos de la argumentación, que se conoce actualmente como nueva retórica, puesto que los intérpretes constitucionales están obligados a justificar los resultados de su interpretación que además se encuentra relacionada con la toma de decisiones como intérpretes finales de la normatividad constitucional.²

Sobre los rasgos peculiares de la interpretación constitucional también se ha pronunciado el profesor Aníbal Quiroga León:

La Constitución moldea los pilares básicos de un país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción permanente que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente. Y también la Constitución obliga imperativamente a todos, pero la eficacia de su normatividad se caracteriza por principios informadores o inspiradores, antes que por mandatos directos, los que contienen dos aspectos básicos: diferidos, por lo general, al desarrollo de sus postulados por medio de una ley; y, excepcionalmente, directos con relación a derechos concretos (como en el caso de los derechos fundamentales). La hermenéutica tradicional resulta incompleta pues no distingue aquello, por lo que se ha generado una nueva visión de lo que debe ser la interpretación constitucional.³

Para este autor no es, por ende, un razonamiento de lógica jurídica lo que debe imperar en la hermenéutica constitucional, sino una interpretación valorativa, donde la norma es el marco de valoración ascendente. En ese sentido, para Quiroga León, el razonamiento a

2 Fix-Zamudio, Héctor (2003). "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional". En: Ferrer Mac-Gregor (coord.). *Derecho procesal constitucional*, t. IV. México: Porrúa, p. 3380.

3 Quiroga León, Aníbal. "La interpretación constitucional". En: Ferrer Mac-Gregor (coord.). *Derecho procesal constitucional*. México, p. 3505.

través de la simple subsunción deviene inadecuado, puesto que, por obviar aspectos de valor del caso concreto, puede llevar a resultados falaces en contra de la propia Constitución.⁴

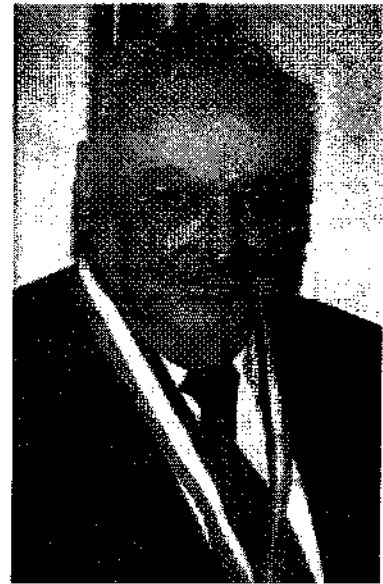
Sobre la especificidad de la interpretación constitucional, Ronald Dworkin se ha decantado por lo que denomina una "lectura moral de la Constitución". Dworkin afirma que existe una forma particular de interpretar el texto constitucional. Esa lectura moral se debe orientar sobre todo a los principios establecidos en el *Bill of Rights* y no es adecuada para todo lo que una Constitución contiene.⁵ La lectura moral no se ocupa de las cláusulas que no son particularmente abstractas ni han sido escritas en el lenguaje de los principios morales. Para Dworkin, mediante la lectura moral es posible encontrar la mejor concepción de los principios morales constitucionales.

Sin embargo, para otros autores esto no es más que una falacia. Rolando Tamayo, por ejemplo, alude a una "falacia cualitativa" cuando se refiere a las tesis que pretenden establecer una diferencia sustancial entre la Constitución y cualquier otro tipo de norma jurídica.

La Constitución, al igual que cualquier otra norma, determina las características que han de tener los actos que la aplican, es decir, determina el cuadro de la regularidad de los actos que la aplican. Desde este punto de vista, la constitución no es nada diferente a los demás actos jurídicos.⁶

Para Rolando Tamayo, la diferencia en cuanto a los contenidos de la Constitución y otro tipo de normas no es una diferencia sustantiva que pueda influir en el ámbito interpretativo:

Ciertamente, en razón de su contenido, la Constitución es diferente, tan diferente como lo es un contrato de hipoteca celebrado entre a y b de un acto de matrimonio celebrado entre c y d; materiales jurídicos cuyo contenido es diferente, dice cosas diferentes. Sobre este particular es necesario señalar que todo fenómeno se presenta de cierta manera que le es exclusiva... [Pero] considerar en forma distinta los materiales jurídicos en razón de que poseen una diferente dimensión provocaría que existieran tantas ciencias del derecho como fenómenos jurídicos se presentan, situación que parece tan absurda como



4 Ibidem, pp. 3505-3508.

5 Dworkin, Ronald. "La lectura moral y la premisa mayoritaria". *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, p. 107.

6 Tamayo y Salmorán, Rolando (2001). "Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa". En: Rodolfo Vázquez (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara, p. 120.



Es difícil pensar que los operadores jurídicos del sistema puedan, legítimamente, seguir viendo la Constitución como una norma más de las que integran el ordenamiento jurídico.

imaginar una ciencia del león, una ciencia de la hormiga o de una pulga.⁷

Por su parte, Riccardo Guastini ha sostenido que si acaso la especificidad de la interpretación constitucional existe, ésta no afecta la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal.⁸ Guastini, recurriendo a las conocidas tesis subjetivista y cognoscitiva de la interpretación, afirma que en ocasiones la interpretación es un acto de voluntad o decisión, esto es, atribución o adscripción de significado a un texto. Otras veces se puede concebir como un acto de conocimiento o descubrimiento de los significados que un texto expresa potencialmente. “Pero nadie puede plausiblemente sostener que la interpretación sea unas veces una cosa y otras veces otra según la

identidad del texto interpretado”.⁹ Sin embargo, sostiene Guastini, la especificidad de la interpretación constitucional sí puede afectar a los agentes de la interpretación, así como a las técnicas interpretativas, y generar problemas de interpretación, pero esto no impacta el concepto mismo de “interpretación”.

Respecto al debate sobre la especificidad de la interpretación constitucional, mi parecer es que tanto las tesis que sostienen tal especificidad como las que repulsan tal carácter ameritan algunas observaciones. Primero, hoy en día parece difícil sostener la tesis de la “falacia cualitativa” en relación con los contenidos del texto constitucional, pues parece innegable que ha ocurrido un cambio cualitativo en la manera en que se entiende la Constitución, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad. Es difícil pensar que los operadores jurídicos del sistema puedan, legítimamente, seguir viendo la Constitución como una norma más de las que integran el ordenamiento jurídico.

La evolución de un estado de la legalidad hacia uno de la constitucionalidad permite entender la Constitución como un centro en el que convergen principios fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, particularmente en materia de derechos fundamentales. La dimensión sustantiva de las normas constitucionales en materia de derechos básicos en comparación con los derechos o los deberes contenidos en la legislación secundaria, parece difícil de derrotar en los estados constitucionales contemporáneos. Pero resaltar la importancia y el carácter fundamental de los principios jurídicos implícitos o explícitos en la Constitución no implica la necesidad de reformular o crear una

7 *Ibidem*, p. 121.

8 Guastini, Riccardo (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa, p. 287.

9 *Ibidem*, p. 287.

nueva concepción de la interpretación jurídica. Aun con la influyente posición contemporánea, que sugiere entender los principios como mandatos de optimización caracterizados porque pueden ser cumplidos en distintos grados y cuya medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, los principios, no dejan de ser susceptibles de considerarse como normas, que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible y que cuando entran en colisión con otra norma o principio, entendido también como mandato de optimización, generan en el intérprete la necesidad de ponderar o balancear el estado de cosas, de acuerdo al peso específico de cada uno de los principios en colisión.

Pero la ponderación no excluye el ejercicio del intérprete consistente en adscribir significado a los principios plasmados explícita o implícitamente en el texto constitucional. La ponderación, en este sentido, bien se podría ver como un elemento más al que el intérprete recurre en una actividad tendiente a adscribir significado a un texto fundamental, actividad verificada, por supuesto, en un determinado contexto.

Asimismo, no se puede pasar por alto el rechazo que sostienen tanto el neoconstitucionalismo y la denominada por Dworkin, lectura moral de la Constitución, en relación con la tesis de la separación entre el derecho y la moral. No es ésta la sede idónea para abordar tan extensa problemática conceptual y metodológica.¹⁰ Solamente me parece que la lectura moral de la Constitución y el reconocimiento de la prioridad de ésta, así como de los principios y valores que en ella se incorporan no agregan nada al debate sobre la separación conceptual entre el derecho y la moral, y mucho menos ofrece un deslinde a tal dilema. En toda actividad interpretativa van inmersas las valoraciones del intérprete y en la interpretación de las normas y los principios jurídicos, se involucran elementos morales. La textura abierta del derecho tiende a acendrase en el caso de los textos constitucionales. Los principios constitucionales involucran espacios del comportamiento humano, que deben ser desarrollados por los tribunales constitucionales. La carga de discrecionalidad en la interpretación constitucional subsiste aún con la irrupción de la acción regulativa de la "respuesta correcta". Desde luego, la discreción no debe ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad del juez conlleva, como lo manifiesta Hart, la consideración de un juez, que debe actuar con imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; la consideración de los intereses de todos los involucrados y la posibilidad de desarrollar algún tipo de principio general aceptable como base razonada de la decisión. En sede de jurisdicción constitucional, la consideración de los intereses involucrados es total y, desde

*Los principios
constitucionales
involúcran espacios
del comportamiento
humano, que deben
ser desarrollados
por los tribunales
constitucionales.
La carga de
discrecionalidad en
la interpretación
constitucional subsiste
aún con la irrupción de
la acción regulativa de
la "respuesta correcta".*

¹⁰ Un análisis sobre la ambigüedad de la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución, que ofrece, además, argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, se puede ver en: Pozzolo, Susanna (2005). "Un constitucionalismo ambiguo". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

luego, trasciende la configuración de los intereses individuales formalmente involucrados en el proceso jurisdiccional.

Pero, además, la especificidad de la interpretación constitucional está íntimamente vinculada a la prioridad que a los derechos humanos le han otorgado, explícitamente, los propios constituyentes contemporáneos. Esto se traduce en el desplazamiento de posiciones sustentadas en una jerarquía atrincherada, en la que la Constitución invariablemente estaba por encima de todos los instrumentos normativos para dar paso a una nueva concepción en la que, cuando menos en materia de derechos humanos, habría que privilegiar la norma que más favorezca a la persona, y, en todo caso, tratar de construir una interpretación armónica entre los diversos textos que los contienen.

En México, por ejemplo, la reforma del verano de 2011 incorporó explícitamente la denominada interpretación conforme, el principio *pro persona* y la obligación de todas las autoridades del sistema para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos desde los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, al tiempo que colocó en rango constitucional los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Sin embargo, la interpretación conforme ya no puede seguir siendo contemplada en su sentido más tradicional, es decir, como aquella operación que tiende a adecuar o armonizar la ley con la Constitución, eligiendo de entre varios significados el que mejor evite la contradicción entre ambos instrumentos normativos.

Actualmente, cuando se habla de interpretación conforme, la referencia es una actividad hermenéutica tendiente a sustentar, de entre un abanico de posibilidades interpretativas, la significación que esté de acuerdo con la Constitución y los derechos humanos, independientemente del rango jerárquico en el que se encuentren tales derechos.

Cabe advertir que la utilización de la interpretación conforme y el recurso al principio *pro persona* como cánones hermenéuticos generará muchas tensiones y perplejidades interpretativas en el seno de las deliberaciones de los intérpretes constitucionales. Lo ideal sería que, en la forma ascendente del caso por caso, los alcances de las “nuevas” perspectivas se fueran construyendo antes de formular nuevas concepciones apriorísticas, que lo primero que producirían sería el establecimiento de nuevos atrincheramientos constitucionales.



La obligación del juez e exequátur de revisar la competencia del juez extranjero sentenciador

Jorge Alberto Silva

I. INTRODUCCIÓN

Es posible que una sentencia extranjera sea ejecutada en el propio foro, pero para ello es necesario revisar que se satisfagan algunos requisitos o presupuestos; entre otros, la competencia. Entre los requisitos o presupuestos relacionados con la competencia que el tribunal de exequátur debe verificar, se encuentran los siguientes:

- a) Poseer competencia para reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que le es presentada.
- b) Que el Estado al que pertenece el tribunal sentenciador era competente al momento de conocer y resolver.

De ambos requisitos o presupuestos he elegido para esta charla el segundo; ya en otra oportunidad habrá posibilidad de referirme al primero. En este segundo, destaca la llamada competencia en la esfera internacional, que no parece tan importante en el primero. Determinar si el Estado donde se dictó sentencia era competente al momento de conocer y resolver conlleva al tribunal de exequátur a revisar la competencia en la esfera internacional asumida por ese estado sentenciador.

Debo destacar que la construcción o reformulación doctrinaria que presentaré parte de la perspectiva del orden jurídico de fuente interna mexicano, especialmente las reglas del derecho federal, lo que significa que no tomaré en cuenta la normatividad de todas las entidades fede-

* Profesor de Derecho de los Conflictos y presidente de la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado (México). Miembro activo de la Asociación Americana de Derecho internacional Privado (Asadip) e investigador nacional nivel III del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Cabe destacar la enorme importancia que merece el derecho de fuente interna por sobre el convencional internacional, si se atiende al hecho de que la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras solo se encuentra signada por trece países del Continente Americano.

rativas que componen el Estado mexicano. Igualmente, aclaro que el tema que abordo no comprende el producido por el derecho convencional internacional.

Cabe destacar la enorme importancia que merece el derecho de fuente interna por sobre el convencional internacional, si se atiende al hecho de que la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras solo se encuentra signada por trece países del Continente Americano. El hecho es que países como Estados Unidos no forman parte de este convenio. En gran medida, el presente estudio tiene como marco de referencia las sentencias provenientes de Estados Unidos, salvo en aquellos aspectos en los que exista alguna disposición propia del derecho convencional internacional.

Ya que se trata de la fuente interna, seguramente hubiese sido interesante desarrollar una labor comparativa ente los órdenes jurídicos de varios estados de la comunidad internacional, algo que tampoco abordo.

El desarrollo del tema competencial es amplio, de manera que solo me referiré a algunos de sus aspectos; entre otros, el de explicar las condiciones conforme a las cuales se puede reconocer o desconocer la competencia asumida por un tribunal sentenciador extranjero.

II. ¿REVISIÓN DE LA LEGALIDAD EXTRANJERA?

¿Es la legalidad y validez de una sentencia extranjera lo que se revisa? El hecho de que la autoridad que recibe una sentencia extranjera revise o constate que el sentenciador era competente al momento de conocer y resolver plantea diversas interrogantes: ¿Por qué ha de revisar el poder de la autoridad extranjera para pronunciar una sentencia? ¿Significará esto que debe revisar si la sentencia se ajusta a la legalidad o validez del orden jurídico extranjero?, o acaso, ¿significará que ha de constatar que tal sentencia no interfiere en el ámbito o poder del Estado al que se le presenta la sentencia?

Las dos últimas cuestiones nos conducen a dos respuestas hipotéticas. La primera enfatiza en la validez y legalidad del acto jurídico creado. Supone una ley en el Estado sentenciador que le otorgue poder o competencia a uno de sus órganos para dictar sentencia. En este sentido, que el poder del sentenciador derive de alguna ley que le permita actuar dentro de cierta esfera de poder, corresponde al marco legal dentro del cual se encuentra la capacidad de sus órganos y funcionarios para conocer y sentenciar el caso resuelto. Lo anterior supone recurrir a la regla de validez de los actos, que predica que es válido el acto o poder para sentenciar, si el poder otorgado a un funcionario para sentenciar deriva de una ley del Estado. En términos generales, esto es lo que la doctrina internacional privatista suele denominar como competencia interna (una norma de adjudicación interna).

La segunda respuesta no supone, ni siquiera exige, que la ley interna del Estado sentenciador hubiese otorgado poder a su órgano sentenciador para pronunciar una sentencia con pretensión de que produzca efecto más allá de sus fronteras. No es la validez del poder otorgado a un funcionario (u órgano de gobierno) para dictar sentencia sobre la que se pone el reflector.

Ejemplo: supongamos a Estados Unidos como Estado extranjero y que una sentencia ha sido dictada por los tribunales de California. Revisar la validez del poder ejercido por los tribunales de California significa revisar que las leyes de California le otorgaron tal poder al tribunal que sentenció. Pero ahora supongamos que el asunto resuelto no era de la competencia de los tribunales de California, sino de los de Texas. En este caso, una revisión de la validez del poder del tribunal californiano nos diría que tal tribunal carecía de competencia para sentenciar (no fue válido el poder ejercido).

No parece que sea la revisión de validez de la que se le encarga al tribunal a donde es presentada la sentencia extranjera (para que sea reconocida y ejecutada). El tribunal de exequátur no tiene como misión o facultad revisar la validez del poder de un tribunal extranjero para sentenciar. Si el tribunal de California sentenció, debiendo ser uno de Texas o uno de Nueva York, el órgano al que se le pide la ejecución podrá proceder a ejecutar la sentencia, sin necesidad de revisar la validez del poder ejercido por el sentenciador. Lo que el tribunal de exequátur ha de revisar es lo que suele llamarse competencia en la esfera internacional del Estado al que pertenece el tribunal sentenciador; solo a esto se reduce su poder de revisión. Constata que el actual de Estados Unidos se ajuste a una norma de adjudicación internacional. En este sentido, ¿era Estados Unidos competente para dictar una sentencia como la que fue pronunciada? La respuesta podría ser sí, aunque internamente no hubiese sido California el competente, sino Texas.

No cabe la revisión de la validez del poder interno del sentenciador, pues ello colocaría al órgano de exequátur en una posición similar a un

La ley del tribunal de exequátur exige que el Estado al que pertenece el tribunal sentenciador sea competente en la esfera internacional para conocer y resolver.

órgano interno de Estados Unidos (*v.g.*, un tribunal de apelación) que revise la legalidad y validez del poder ejercido por sus propias autoridades (la Suprema Corte de Justicia). En fin, el tribunal de exequátur no es un tribunal revisor de la legalidad o validez del poder que condujo al sentenciador a la sentencia.

Para hacer más accesible la diferencia planteada, es necesario diferenciar la norma de competencia de los *órganos sentenciadores*, de la competencia del *Estado sentenciador*. La primera atiende a los órganos de gobierno de un Estado, en tanto que la segunda al Estado mismo. Lo que el tribunal de exequátur ha de revisar no es el poder o competencia de los órganos de gobierno, sino el poder del Estado a que pertenece el órgano sentenciador. No es la revisión del poder en la esfera interna la que se ha de revisar, sino el poder en la esfera internacional.

La ley del tribunal de exequátur exige que el Estado al que pertenece el tribunal sentenciador sea competente en la esfera internacional para conocer y resolver. Nótese, el poder que se ha de revisar no es el del tribunal (un órgano) sino el del Estado. En este caso, el poder o competencia a favor de un Estado de la comunidad internacional puede derivar del derecho convencional internacional (el acuerdo entre dos o más estados) o de un juicio de apreciación (tesis voluntarista) del tribunal de exequátur que le reconozca al sentenciador ese poder o competencia para conocer o resolver (jurisdicción internacional, suele denominársele).

Continuaré en las próximas líneas con esta segunda hipótesis (el poder que puede detentar o ejercer el Estado sentenciador frente a la comunidad internacional). Esto es, si el poder o competencia del Estado sentenciador no deriva de un acuerdo internacional, entonces el tribunal de exequátur podrá reconocerle, unilateralmente (desde su propia perspectiva), facultad para resolver en la esfera internacional.¹

El Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano (CFPC) no prescribe que el juez de exequátur tenga que reconocer cualquier poder que hubiese asumido el tribunal del Estado sentenciador, sino solo que resuelva si el poder acogido por el sentenciador en la esfera internacional podrá ser admitido. Como regla general (artículo 564),² prescribe el reconocimiento de la competencia asumida por el Estado sentenciador, si la misma fue "asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional", así como algunas reglas

1 En gran medida, esta apreciación se apoya en la tesis de la soberanía de cada Estado de la comunidad internacional para autocoorbinarse (Jellinek) y autolimitarse (Ihering). Así, Jellinek decía que el Estado tiene el derecho a la exclusiva determinación de su propia competencia y autoobligarse de acuerdo con sus propias leyes. Lauterpacht, Sir Hersch, *The function of law in the international community*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 417.

2 Artículo 564: "Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos".

de excepción. Esbozaré algunas hipótesis en que podrá ser reconocida la competencia del juez sentenciador, así como algunas excepciones o impedimentos para reconocer la competencia asumida.

III. REGLAS DE COMPETENCIA EN LA ESFERA INTERNACIONAL

Comienzo por recordar que leyes, tratados³ y doctrinas propias del DIPP introducen algunas expresiones que interesan a este estudio. Entre otras:

- a) competencia en la esfera internacional
- b) reglas de competencia en la esfera internacional

Las "reglas" citadas no existen como textos positivados expedidos por algún legislador, manteniendo la nota o propiedad de ser reglas universales, que solo derivan de la "recta razón" o de la "naturaleza de las cosas". Tampoco se les puede entender como "esencias" que están fuera del derecho, ni como reglas de cortesía o reglas éticas. Algunas corrientes realistas fundan las reglas en la solidaridad internacional, pero no en la soberanía de cada Estado ni en algún poder sobrehumano.

No obstante, estas "reglas" suponen una normatividad que delimita el poder o competencia de un Estado de la comunidad internacional. Se corresponden con las normas que indican en qué casos se puede o no conocer o resolver de algún litigio o controversia que importe en la esfera internacional, con las normas de adjudicación internacional.

En gran medida, estas reglas derivan del derecho consuetudinario, en el que no falta la voluntad soberana del Estado (Jellinek), aunque se carece de una voluntad supraestatal (entiéndase una fuente que le imponga la obligación, a un Estado, de reconocer y ejecutar decisiones provenientes de otros estados). Raramente se encuentran esas reglas de competencia en tratados o convenios internacionales. Más bien, cada Estado es el que unilateralmente las impone: decide hasta dónde se admite que otro Estado de la comunidad internacional interfiera en la esfera jurídica propia (u.g., para que se le reconozca y ejecute una sentencia).

El estudio del poder o competencia más allá de las propias fronteras ha correspondido más bien al Derecho Internacional Público, que al Derecho Internacional Privado. Las "reglas de competencia en la esfera internacional" prescriben los límites al poder de cada Estado, especialmente en el ejercicio de su función jurisdiccional y ejecución de sus decisiones.

El tribunal de exequátur las toma en cuenta como reglas "reconocidas en la esfera internacional" en cuanto que ese Estado es el que reconoce (aunque yo mas bien diría impone) unilateralmente. Reconoce

*El estudio del poder
competencia más allá
de las propias fronteras
ha correspondido
más bien al Derecho
Internacional Público,
que al Derecho
Internacional Privado.*

³ Por ejemplo, el CFPC, Ccom y la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

unilateralmente la normatividad que de esas reglas concibe, a menos que se encuentren prescritas en algún tratado internacional, como ocurre en el caso de la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, a la que no me referiré en esta intervención.

De acuerdo con las normas de adjudicación o competencia en la esfera internacional, el orden jurídico del juez de exequátur presume una distribución del poder entre cada uno de los Estados de la comunidad internacional. Tanto el Derecho Internacional Público como la teoría del poder internacional suelen sostener la coexistencia del Estado y un equilibrio de poderes. Cuando no existen tratados o leyes internas expresas, el reconocimiento de poderes o competencias se puede fundar en el derecho consuetudinario, sin que a esto escapen los enfoques voluntaristas.

Las normas de competencia en la esfera internacional parecen prescribir que el que los Estados sentenciadores sean o se autoproclamen soberanos no significa que deban ser arbitrarios o que su poder y soberanía se ejerza extraterritorialmente y que sean válidas en otro Estado.

Lo "razonable" en el ejercicio del poder del sentenciador puede estimarse o valorarse por los demás estados de la comunidad internacional conforme al derecho consuetudinario y su comunidad epistémica. La atribución de contenidos o significados permite un equilibrio de los poderes de cada Estado, haciendo posible su coexistencia. Aunque lo ideal es que el Estado que asume competencia acate esas normas de competencia internacional al ejercer su poder para sentenciar, al que hasta ahora valora la "razonabilidad" o ajuste a las normas de competencia en la esfera internacional es al que se le pide reconocer o rechazar la competencia asumida por el Estado sentenciador.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA EJERCIDA POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR

Como regla general, el poder ejercido por el tribunal de un Estado sentenciador (uno extranjero) será reconocido en México, salvo casos o hipótesis especiales a los que adelante haré referencia. En este caso, el Estado mexicano introduce una norma que prescribe que, en general, se reconocerá (admitirá) una sentencia extranjera siempre y cuando se ajuste a las condiciones que el propio Estado mexicano prescribe.

Reconocer, aquí, no significa que tenga que demostrarse que el Estado extranjero detentaba ese poder o competencia. No es necesario llevar a un proceso probatorio el hecho de que el poder ejercido por el sentenciador en la esfera internacional es un poder aceptable. No hay necesidad de seguir un juicio controversial. Reconocer, al final de cuen-

tas, ha de tomarse como un reconocimiento de que el Estado extranjero produjo un acto (una sentencia) aceptable en el ámbito internacional (en la esfera internacional, dicen leyes y convenios). Aunque esta "aceptabilidad internacional" parece más poética que real. No es que todos los Estados de la comunidad internacional tengan que aceptar o reconocer el poder ejercido por el Estado sentenciador. Basta que el orden jurídico del tribunal de exequátur lo acepte. Así, para ser más preciso, basta que sea aceptable en el foro del tribunal de exequátur.

La revisión que haga el tribunal de exequátur del poder o competencia que asumió el sentenciador puede resumirse en tres hipótesis:

- a) Que el tribunal sentenciador haya asumido un poder o competencia en la esfera internacional, de manera *compatible o análoga* a la prescrita en el orden jurídico donde se sigue el exequátur, salvo los casos de excepción que impone este último Estado.
- b) Que en caso de que el tribunal sentenciador hubiese carecido de competencia directa internacional, bastará constatar que asumió ese poder para *evitar una denegación de justicia*.
- c) Que el tribunal sentenciador asumió poder o competencia por la *prórroga o sumisión de las partes*, salvo las hipótesis de excepción establecidas por el orden jurídico del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución.

En general, el tribunal de exequátur deberá revisar si el Estado sentenciador asumió la competencia directa de acuerdo con las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional, porque hubo acuerdo de prórroga a su favor o porque procuró evitar una denegación de justicia.

La sentencia extranjera debe provenir de un Estado al que se le reconozca poder o competencia directa internacional para pronunciar esa decisión. No es un reconocimiento al poder abstracto para dictar sentencias, sino un reconocimiento del poder para una particular sentencia.

El orden jurídico del tribunal de exequátur exige que su juez revise el poder o competencia directa que en la esfera internacional asumió el sentenciador. En fin, la competencia directa que revisa el tribunal de exequátur es la ejercida en la esfera internacional por el Estado sentenciador, no la de los órganos que internamente conforman el Estado. Explicaré estos casos o hipótesis conforme a los cuales se reconocerá la competencia asumida.

1. Competencia compatible o análoga a la *del foro propio*

Cuando el orden jurídico del tribunal de exequátur condiciona el reconocimiento de la competencia asumida por el sentenciador al hecho de que tal poder o competencia la hubiese asumido "por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional", está exigiendo

En general, el tribunal de exequátur deberá revisar si el Estado sentenciador asumió la competencia directa de acuerdo con las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional, porque hubo acuerdo de prórroga a su favor o porque procuró evitar una denegación de justicia.

...no se trata de una exacta y verdadera comparación entre las reglas de uno y otro Estado (recurrir a una regla espejo para la comparación). La ley alude a tomar en cuenta las "razones" (la fundamentación de la norma de adjudicación) que tuvo el tribunal sentenciador para conocer y resolver, así como a la compatibilidad de éstas con las del "derecho nacional".

do que el tribunal de exequátur constate que el poder o competencia ejercido por el Estado sentenciador sea compatible o análogo al establecido en el orden jurídico del tribunal de exequátur; que su norma de adjudicación internacional sea análoga a la mexicana.

Realizar esta "comparación" supone pasos que un tribunal debe tomar en cuenta. Entre otros:

- a) Comparar las reglas de competencia implicadas por el Estado sentenciador con las reglas de competencia del Estado de exequátur (las reglas de adjudicación en ambos Estados).
- b) Resolver si estas son compatibles o análogas con las del derecho mexicano.

En realidad, no se trata de una exacta y verdadera comparación entre las reglas de uno y otro Estado (recurrir a una regla espejo para la comparación). La ley alude a tomar en cuenta las "razones" (la fundamentación de la norma de adjudicación) que tuvo el tribunal sentenciador para conocer y resolver, así como a la compatibilidad de éstas con las del "derecho nacional".

Esta "comparación" tampoco consiste (ni exige) tener que demostrar el contenido de las reglas o normas de competencia del tribunal sentenciador para compararlas con las propias. De lo que se trata es que el tribunal de exequátur debe inferir, a partir del caso o litigio resuelto, que la competencia asumida partió de "razones" análogas y compatibles con las propias (las reglas o razones implicadas). Esto supone un simple *razonamiento de constatación* a partir de la sentencia misma. De lo que se trata es de lograr una cierta equivalencia o semejanza de resultados en la construcción de la norma de adjudicación adoptada y su compatibilidad con el orden mexicano,⁴

4 Criterio que sostiene que, en el caso de reconocimiento de una resolución extranjera, se exige una equivalencia en el resultado. Para definir la equivalencia, se requiere una comparación entre el resultado a que hubiese llegado un juez tanto en el extranjero como en el foro propio. Si mediante la comparación se alcanza un resultado igual o similar, se afirma que hay equivalencia de resultados y, por ello, la decisión en que se apoyó la competencia extranjera podrá ser reconocida. En caso contrario, la decisión no podrá ser reconocida.

Lo que es compatible es aquello que tiene proporción o aptitud para unirse o concurrir a un mismo lugar. Se es análoga cuando hay una relación de semejanza entre las posibles normas de adjudicación internacional que pudieran sujetar a ambos Estados. Proporción y semejanza son los adjetivos que nos ayudan a entender la función que ha de realizar el tribunal de exequátur.

Tal semejanza se comprende de mejor manera si tomamos en cuenta las palabras que acompañan al enunciado prescrito: que se trata de razones "compatibles o análogas con las del derecho mexicano". En este sentido, un tribunal mexicano razonaría de la siguiente forma: sí un tribunal mexicano resolviera en la esfera internacional un caso análogo a partir de un poder semejante al ejercido por el sentenciador, la competencia para resolver podrá calificarse como análoga o similar. Esto es, que la regla que seguiría México para conocer y resolver de un asunto en la esfera jurídica internacional, sería una regla inferida del propio orden jurídico que, como dije, conduciría a ejercer una competencia semejante en la esfera internacional a la ejercida por el sentenciador.

Más claramente, y en el sentido expresado, otro enunciado mexicano nos acerca al argumento que el juez debe seguir. El artículo 571 condiciona el reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera al hecho de que "el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código".⁵ Aquí se enfatiza en las reglas reconocidas en "la esfera internacional" como lo hacen otras leyes y tratados.⁶

Estas reglas no necesariamente están escritas o fueron dictadas por algún legislador mexicano o extranjero y, mucho menos, por un órgano extraestatal, sino que deben ser inferidas del propio orden jurídico; especialmente en los casos de cooperación internacional. Estas reglas se presuponen apoyadas por el *tus cogens* y se infieren del propio orden jurídico.

2. Competencia para evitar denegación de justicia

Un tribunal de exequátur (artículos 565 y 566 del CFPC) podrá reconocer la sentencia pronunciada por un tribunal extranjero, que originalmente carecía de competencia (según sus normas internas), siempre que

- 5 Artículo 571 CFPC: "Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones: [...] III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código". Aunque aquí parecen excluirse las resoluciones comerciales, el hecho es que el Código de Comercio (CCom) (artículo 1347-A, fracc. III), las incluye; incluso también exige compatibilidad en las reglas.
- 6 Artículo 571 del CFPC, 606 del CPCDF, 1347-A del CCom y 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

no se localice otro Estado competente para resolver. Esto es, otro Estado al que se le pudiera reconocer competencia en la esfera internacional.

Ejemplo: supongamos que una persona se ha perdido y no se sabe nada de ella. Se cree que debió haber perecido a causa de un sismo o incendio donde se derrumbaron varios edificios, en uno de los cuales se le vio por última ocasión. El orden jurídico del Estado donde aparentemente desapareció le niega a sus tribunales conocer acerca de la declaración de ausencia y fallecimiento, porque ahí no estaba el domicilio del presunto desaparecido; el Estado del último domicilio se niega igualmente a conocer, ya que afirma que esa persona carecía de la nacionalidad exigida. En una hipótesis como esta, aunque ambos Estados se niegan a conocer, el hecho es que en cada uno de ellos se está concretando una denegación de justicia. Por ende, es deseable que algún Estado se haga cargo del asunto a fin de evitar que se deniegue justicia. Así, una de las normas de competencia en la esfera internacional le reconoce a cualquiera de esos Estados el poder conocer y resolver ese asunto.

En un caso como este, el Estado del exequátur infiere una norma de competencia en la esfera internacional, reconociéndole tal poder a aquel Estado que originalmente carecía del mismo, pero que lo ha asumido para evitar la denegación de justicia.

No se requiere demostrar que se ha recurrido a varios Estados y que estos se han negado a resolver. Basta que en la norma del tribunal de exequátur se constate que el sentenciador asumió la competencia para evitar una denegación de justicia.

3. Competencia a partir de una *cláusula de prórroga*

La prórroga competencial internacional supone (cuando menos) la existencia de dos tribunales en diferentes estados de la comunidad internacional. Uno, que es el *originalmente competente* y llamado a resolver un litigio (también llamado *tribunal originario o de origen*), y otro, que es el *designado por los interesados para conocer y resolver* ese litigio. El originalmente competente es desplazado para que a otro se le otorgue el poder o competencia.

Como la prórroga deriva de un convenio celebrado entre los sujetos del litigio, el reconocimiento de ese convenio es lo que da lugar a la prórroga. De manera tal que en este punto, el *quid* es el convenio.

La prórroga contractual supone, por parte de cada Estado, un reconocimiento a la autonomía de la voluntad, al admitir que los interesados pacten el rechazo de un foro y la atribución de poder o competencia a otro.

En el ámbito internacional la prórroga sólo se produce mediante convenio entre los interesados, siempre y cuando exista entre el litigio y el foro una "conexión razonable".⁷ En México no se admite la llamada

⁷ Artículo 1, Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Interna-

prórroga tácita; es parte de la política judicial asegurar que cada interesado exprese su acuerdo de desplazar al foro competente, así como el llevarlo a otro tribunal.⁸

Aunque el acuerdo de prórroga o elección del foro se pacta entre los sujetos litigantes, otra cosa es que vincule a los tribunales del foro designado. Esto es, una cosa es que los interesados expresen otorgarle poder a un estado (es decir, que se individualice una de las condiciones), y otra que el tribunal de cada Estado *acepte* el poder que se le otorga.

Como regla general, un tribunal de exequátur puede admitir la cláusula de prórroga a partir de una conexión razonable del caso con el foro, así como la sentencia dictada por un tribunal extranjero que asumió su poder o competencia a partir de una cláusula como esta.

V. RECHAZO O DESCONOCIMIENTO DEL PODER O COMPETENCIA ASUMIDA POR EL SENTENCIADOR

Un tribunal de exequátur reconocerá el poder asumido por el sentenciador, pero tal reconocimiento no es absoluto. Ya dejé entrever la posibilidad de excepciones a una norma de competencia internacional del Estado sentenciador. Estas pueden entenderse como el no cumplimiento de las condiciones exigidas por el tribunal de exequátur para reconocer el poder o competencia que asumió el juez sentenciador.

Cuando se le solicita a un tribunal de exequátur el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, este debe examinar si el sentenciador era competente según las reglas de competencia en la esfera

.....
 cional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras: "Respecto de acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, que las Partes hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia, siempre y cuando tal competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una *conexión razonable con el objeto de la controversia*".

- 8 En el ámbito convencional internacional la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989) admite la posibilidad de que un tribunal asuma competencia por mera *comparecencia sin reserva* del demandado (artículo 8), lo que es una excepción a un convenio de prórroga por escrito. En cambio, en el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del Mercosur no basta la mera comparecencia sin reserva, sino que es necesario que *la sumisión se "admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta"* (artículo 6). Por su parte, el *Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro*, solo se refiere al *acuerdo por escrito*, agregando "cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta" (artículo 3). Esto se explica porque la *submissio fori* implica una voluntad clara. No puede desplazarse un foro sin el acuerdo del interesado, por ello se enfatiza en que la cláusula de prórroga debe estar por escrito.

internacional (compatibles con las propias);⁹ en caso contrario, desconocer el poder asumido por el sentenciador.

Ejemplo: supongamos a un par de litigantes cuyos domicilios e intereses se encuentran en territorio mexicano. No obstante, uno de esos litigantes desea demandar al contrario, pero no lo hace en el foro del domicilio, sino que ocurre ante el tribunal de un Estado extranjero donde plantea su demanda, afirmando tener ahí su domicilio (engaña al juez). Ese Estado extranjero acepta la demanda, apoyado en algún enunciado legal que prescriba que el foro competente será el del domicilio del actor y, luego, dicta sentencia sin verificar el falso domicilio.¹⁰

El orden jurídico mexicano (artículos 564 y siguientes del CFPC) puede sintetizarse afirmando que la revisión o comprobación que haga el tribunal de exequátur de la competencia directa asumida por el sentenciador deberá ser analizada acorde a las siguientes condiciones:

- I. Que el sentenciador asumió competencia directa internacional, de manera compatible o análoga a la prescrita en el orden jurídico mexicano, salvo que se trate de competencia *exclusiva* prescrita a favor de los tribunales mexicanos.
- II. Que en caso de que el Estado sentenciador hubiere carecido de competencia directa internacional, bastará constatar que la asumió para evitar la denegación de justicia.
- III. Que el Estado sentenciador asumió la competencia por la prórroga o sumisión de las partes, salvo que tal prórroga hubiese obrado en beneficio exclusivo de una de las partes litigantes.

Procuraré referirme con un poco de más detalle a estas condiciones, en especial a las hipótesis en que no es admisible reconocer el poder o competencia del Estado sentenciador.

VI. HIPÓTESIS DE RECHAZO DE LA COMPETENCIA ASUMIDA POR EL SENTENCIADOR

Decía que el poder o competencia asumida por el Estado sentenciador será reconocida por el tribunal de exequátur cuando ese poder sea compatible con las reglas de competencia reconocidas por México; por

⁹ Ciertamente, la ley emplea la locución "tribunales". En realidad se refiere al Estado extranjero. Esto se infiere de una interpretación sistemática, propia de la toma en consideración de los contextos del orden jurídico. No es precisamente al órgano o tribunal al que se refiere sino a la competencia del Estado extranjero.

¹⁰ Un caso similar fue resuelto en España. Véase Mariano Aguilar Benítez de Lugo, "La familia en los convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado". *Revista española de derecho internacional*, vol. XLV, núm. 1, enero-junio, Madrid, 1993, p. 36.

lo contrario, el poder asumido no será reconocido cuando concurra alguna excepción. En estas excepciones caben las siguientes:

- a) que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales del foro a que pertenece el juez de exequátur;
- b) que el poder o competencia asumida por el sentenciador sea calificado por el tribunal de exequátur como abusiva o exorbitante; o
- c) que habiendo resuelto el sentenciador a partir de una prórroga competencial, tal prórroga no será reconocida si la elección del foro y tribunal operó en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.

Trataré de explicar estas excepciones al reconocimiento del poder o competencia asumida por un tribunal extranjero sentenciador.

1. Competencia exclusiva del Estado mexicano

Un tribunal de exequátur no reconocerá la competencia asumida por un Estado extranjero sentenciador cuando el orden jurídico del tribunal de exequátur prescriba que sus tribunales *son los únicos, dentro de todos los que existan en el mundo*, que poseen competencia sobre el asunto resuelto en la sentencia extranjera. Su efecto consiste en excluir al tribunal sentenciador.

Ejemplo: supongamos que en Estados Unidos se dicta una sentencia sobre bienes o derechos reales sobre algún inmueble que se encuentra en México. En este caso el tribunal estadounidense, haciendo a un lado la regla *forum rei sitae*, dicta sentencia. Tal sentencia no será reconocida en México, toda vez que México declara como de su competencia exclusiva cualquier asunto relacionado con derechos reales sobre bienes situados en este país. En realidad, lo que desconoce es el poder o competencia asumida por el Estado sentenciador.

Aunque la fuente de una norma de competencia internacional exclusiva puede provenir del *derecho convencional internacional* (cuando un tratado declara como exclusivo para cada Estado ciertos asuntos), el hecho es que la frecuencia se encuentra en el *derecho de fuente interna*. Incluso, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de Sentencias Extranjeras, dejó a los Estados determinar cuáles serán los litigios que conocerán en forma exclusiva (artículo 4), lo que significa el poder universal de autoatribuirse el poder para resolverlos.

Dicho de otra manera, en el terreno de la realidad, la atribución de poderes exclusivos ha sido prescrita mayormente en las leyes internas de cada Estado que en algún tratado internacional, esto es, se ha recurrido a la prescripción en forma unilateral (predomina la autoatribución).

Un tribunal de exequátur no reconocerá la competencia asumida por un Estado extranjero sentenciador cuando el orden jurídico del tribunal de exequátur prescriba que sus tribunales son los únicos, dentro de todos los que existan en el mundo, que poseen competencia sobre el asunto resuelto en la sentencia extranjera.

Cuando un Estado se autoatribuye competencia exclusiva sobre asuntos o litigios específicos, no lo hace para prohibirle a otros estados extranjeros que conozcan del asunto, sino que lo hace con la finalidad de excluir del reconocimiento todo efecto que pudiera acarrear el poder o competencia que sobre el mismo asunto un tribunal pudiera asumir en el extranjero.

Los litigios exclusivos (*litis exclusiva*) son los que un Estado considera tan conectados a su interés, incluso a su propia soberanía y seguridad del Estado, que monopoliza su solución. Como consecuencia de ese monopolio se niega a reconocer el poder o competencia que pudiera haber asumido otro Estado de la comunidad internacional (*competentia internationalis reservata or exclusiva*). Se trata de la declaratoria unilateral autoadjudicándose un poder exclusivo (y universal) para conocer de un asunto, lo que implica la exclusión y rechazo de la competencia que pueda asumir cualquier tribunal de otro Estado de la comunidad internacional.

La declaratoria o cláusula de competencia exclusiva también restringe la autonomía de la voluntad de los particulares para pactar un foro diferente al declarado exclusivo. Por ello, ningún particular podrá pactar que su litigio (declarado como exclusivo) pueda ser llevado a otro Estado. Tal pacto será nulo o carente de efectos jurídicos.

La declaratoria de que un asunto es de la competencia exclusiva de un Estado supone que aun cuando un tribunal extranjero hubiese asumido competencia directa sobre ese asunto, el ejercicio de tal poder o competencia no será reconocida en el Estado que afirme tener la com-

petencia exclusiva sobre ese litigio. No importa que se hubiese resuelto en el extranjero, por lo que tampoco podrá reconocerse *res iudicata*, ni litispendencia. Se trata de una hipótesis en la que el orden jurídico del tribunal de exequátur estima a la competencia del sentenciador como no compatible con las reglas en la esfera internacional.

La cláusula de competencia exclusiva funciona de manera similar a las normas, imperativas, autolimitantes o *lois de police*, pues sin conceder importancia a lo que prescriba el orden jurídico de otro Estado, monopoliza a favor de sus tribunales el conocimiento y decisión de un litigio específico (se autoatribuye un poder omnímoto y universal).

Ejemplo: supongamos que en un foro extranjero (Estado A) se atribuye competencia a sus tribunales para que conozcan del mismo asunto a que se refiere la ley de otro foro (Estado B), que asigna competencia exclusiva a sus tribunales. En el caso de que el segundo Estado (el B) se autoatribuya competencia exclusiva, este podrá rechazar el reconocimiento y ejecución de la sentencia que pudiere dictar el otro Estado (el A), por ser contrario a una *norma interna imperativa* (una norma de competencia exclusiva).

Cuando un Estado se autoatribuye competencia exclusiva sobre asuntos o litigios específicos, no lo hace para prohibirle a otros estados extranjeros que conozcan del asunto, sino que lo hace con la finalidad de excluir del reconocimiento todo efecto que pudiera acarrear el poder o competencia que sobre el mismo asunto un tribunal pudiera asumir en el extranjero. Pero, además, con la posibilidad de aplicar su propio orden jurídico, en especial el sustantivo o de fondo, y sus propias normas sobre la impartición de justicia, a menos que al tribunal exclusivo incluyan normas conflictuales que aludan a otro orden jurídico.

En cambio, podrán ser reconocidas y ejecutadas las resoluciones recaídas sobre negocios o litigios en los que el Estado ha permitido o tolerado la *competencia concurrente*. Vamos, si un Estado no declara que es de su competencia internacional exclusiva “x” litigio, entonces permite o tolera la concurrente. No importará entonces que el Estado extranjero resuelva ese asunto, aun cuando el Estado nacional también se haya declarado competente. Pero aquí ya son otras las reglas que regulan la controversia.

El artículo 568 del CFPC mexicano lista los casos o supuestos que México declara de su competencia exclusiva. Aquí citamos los asuntos que versen sobre las materias siguientes:

- I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o arrendamiento de dichos bienes.
- II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona en los términos de la Ley Federal del Mar.
- III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la federación y de las entidades federativas.
- IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales.
- V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

Fernando Vázquez Pando agrega otros casos de competencia exclusiva previstos en otras leyes:

Entre los casos no especificados en el CFPC como casos en que los tribunales mexicanos poseen competencia exclusiva, hay dos derivados de las provisiones del Código: 1. casos referentes a *ius in rem* sobre bienes muebles localizados en México (ya que el Código no permite ejecutar sentencias extranjeras pronunciadas como consecuencia del ejercicio de derechos de este tipo), y 2. casos en que un tribunal mexicano asumió competencia antes que un tribunal extranjero lo hubiera hecho. Por razones similares, la competencia de los tribunales mexicanos con respecto a las acciones *in rem* sobre aeronaves o embarcaciones registradas en México deben ser consideradas exclusivas.¹¹

¹¹ F. Vázquez Pando, "Mexican law of judicial competence". *Houston Journal of International Law*, vol. 12, núm. 2, primavera 1990, p. 345.

Resulta difícil encontrar en los tratados internacionales algún listado que indique cuándo la competencia que asume un Estado es exorbitante.

2. *Rechazo a la competencia exorbitante de un Estado extranjero*

El tribunal de exequátur tampoco reconocerá el poder o competencia ejercido por un Estado extranjero sentenciador cuando el que hubiese asumido el tribunal extranjero, sea calificado como exorbitante.

Lo exorbitante corresponde a un poder ejercido que, se estima, va más allá del que le pudiera corresponder según las normas de competencia reconocidas en la esfera internacional. A falta de tratado, la calificación de exorbitante recae en el Estado al que se le presenta una sentencia para que la reconozca y ejecute.

Ya expliqué que, como principio de política internacional, cada Estado debe ejercer su poder dentro de los límites que las normas de competencia internacional les otorgan (lo que conviene para equilibrar el poder de cada Estado), lo que conlleva o invita a que ningún Estado puede rebasar ese poder. Si el poder ejercido excede estos límites, será calificado como exorbitante.

Resulta difícil encontrar en los tratados internacionales algún listado que indique cuándo la competencia que asume un Estado es exorbitante. En la construcción de otras normas y enunciados, los Estados son los que asignan de forma unilateral contenidos a sus normas de competencia internacional e, incluso, se autoatribuyen el poder de calificar como exorbitante el poder ejercido por otro Estado de la comunidad internacional.

El Estado que evalúa lo excesivo del poder ejercido es al que se le requiere reconocer y ejecutar una sentencia extranjera. Se trata de una valoración que, como mecanismo de control, rechaza el poder o competencia asumida desconociendo lo desmedido. No es fácil definir o caracterizar lo exorbitante. Es una tarea que suele encajar en los llamados casos difíciles.

Exorbitante es un adjetivo que al ser referido a la competencia asumida implica que la facultad de conocer ha sido exagerada o desmedida. Proviene de *ex yorbis*, lo que está fuera de su órbita. Lo exorbitante se estima desmedido e irracional, fuera de lo normal o racional. La competencia exorbitante, abusiva o excesiva es la que rebasa los límites razonables o normales de la competencia o poder que pudiera serle reconocida a un Estado de la comunidad internacional.

Un examen de la unidad léxica "exorbitante" nos dice que se trata de una palabra con significado impreciso, que convierte a cualquier enunciado que emplee tal palabra, como un enunciado con textura abierta. Lo impreciso de su significado podría neutralizarse por medio de una interpretación estipulativa proveniente del legislador, pero carecemos de una definición estipulativa universal. De ahí que su significado sea difícil que lo proporcione la doctrina, toda vez que por sobre ella estará la decisión (tal vez atroz) del legislador o del juez que resuelva un caso concreto. Lo más que la doctrina puede hacer es listar las notas o características de alguna comunidad epistémica que nos acerquen al significado de aquello que se estima exorbitante.

3. *Competencia propia por sobre la abusiva de un Estado extranjero*

Un tribunal de exequátur tampoco reconocerá el poder o competencia asumida por el tribunal sentenciador de un Estado extranjero cuando el acuerdo de elección del foro condujo a un hecho que impidió o denegó el acceso a la justicia, o cuando la elección del foro recayó exclusivamente en alguna de las partes del litigio con exclusión de las demás. Se trata de dos hipótesis de competencia asumidas por el tribunal elegido y sentenciador que el orden jurídico del tribunal de exequátur califica como abusivas. Trataré de explicarlas.

• *Elección que conduce a una denegación de acceso a la justicia*

Esta primera hipótesis se funda en el siguiente enunciado legal:

Artículo 566, CFPC: También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.

Supone que el tribunal que sentenció asumió competencia a partir de una cláusula de prórroga, que condujo a una situación fáctica o de hecho que impidió o denegó el acceso a la justicia de alguna de las partes en el proceso.

Ejemplo: dos personas celebran un acuerdo de prórroga en México y pactan que el tribunal competente será uno que se encuentra en Estados Unidos. Pero ocurre que cuando el proceso se inicia, a partir de la cláusula de prórroga al demandado se le negó la visa para ingresar a ese país para comparecer al proceso en que ha sido demandado. En este caso, una cuestión de hecho, aparentemente no conectada con el proceso (la negatoria de la visa de ingreso al país), le impide al demandado apersonarse ante el juez designado para defenderse. Esta situación (la negación de la visa) es calificada como una denegación de justicia, a pesar de que hubo acuerdo voluntario para elegir el foro. Lo que ha ocurrido es que ha sobrevenido una cuestión de hecho que conduce a nulificar o rechazar el proceso seguido, incluida la sentencia dictada.

A mi parecer, esta hipótesis no anula precisamente la cláusula de prórroga, sino que impide reconocer el proceso seguido. No es exactamente la cláusula de elección del foro lo que es nulo, sino el proceso seguido en el que se concretó la denegación de justicia. A mi parecer, y como cláusula contractual que es, es válida si los requisitos de existencia y validez no lo anulan. Lo que la ley prescribe supone una cuestión de hecho que se presentó después de que el tribunal elegido inició el proceso consistente en que el acceso o comparecencia real al tribunal elegido resultó imposible. Me parece que no es la cláusula de elección

Se trata de dos hipótesis de competencia asumidas por el tribunal elegido y sentenciador que el orden jurídico del tribunal de exequátur califica como abusivas.

la nula, sino el proceso seguido. Es más, ni siquiera el proceso seguido se anula, sino que no produce efectos ni es reconocido en donde se pretende que la sentencia sea reconocida.

Aquí la palabra "implica", empleada en la ley, está mal puesta. Implica o implicar alude a una regla de implicación: lo que va o precede, no lo que se puede producir. Lo implicado va antes, es una causa de lo resultante, no al revés. El legislador empleó equivocadamente las palabras. En lugar de decir que el acuerdo de elección del foro "conduce a..." dijo que "implica una denegación de justicia".

• *Elección del foro designado en beneficio exclusivo*

La segunda hipótesis estimada como abusiva, está prescrita en la ley interna y establece que

Artículo 567, CFPC: NO se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.

En ese caso, el tribunal de exequátur desestimaré la validez de una cláusula de prórroga de competencia y, por consecuencia, de la sentencia que a partir de una cláusula como esta se pudiere dictar. A diferencia de la hipótesis anterior, en esta, la cláusula de elección del foro es nula.

Esta segunda hipótesis supone que la competencia del sentenciador fue asumida a partir de una cláusula de prórroga que se estima como nula.

Aquí, la o las partes del litigio, a partir de su autonomía de la voluntad, convinieron en llevar el litigio a un foro específico (el extranjero). Pero ocurre que el foro al que fue llevado el asunto solo pudo ser elegido por alguna de las partes, esto es, la facultad de elegir ese foro solo se efectuó o ejerció por alguna de las partes, no todas tuvieron la oportunidad de elegirlo.

Hay que admitir que la construcción sintáctica del enunciado legal sufre de algunos problemas. A pesar de ello, para aclarar o reformular dicho enunciado recurro a las palabras de Fernando Vázquez Pando, redactor material del citado enunciado, quien explica que

[...] el artículo 567 del CFPC regula la cláusula de sumisión que significa dar a la parte la opción de someter el caso ante uno de cuando menos dos diferentes tribunales. Por ejemplo, supóngase en un convenio entre A y B que la cláusula de sumisión prevé la sumisión de B *al tribunal elegido por B* [subrayado mío] entre los tribunales de la ciudad de México y Nueva York. En este caso, la cláusula es nula porque la au-

toridad para elegir el foro sólo opera en beneficio de A. No obstante, si ambas partes acuerdan en la cláusula someterse a la competencia de los tribunales de la ciudad de México y Nueva York a elección del actor, la cláusula es válida porque la autoridad para elegir es en beneficio de todas las partes que convinieron. Desde que A o B pueden ser actor o demandado, dependiendo de quién demande a quién, la cláusula da a ambas partes, cuando menos en principio, una igual oportunidad para elegir el *forum*.¹²

VIL EFECTO JURÍDICO CAUSADO POR EL RECHAZO DE LA COMPETENCIA EJERCIDA POR EL SENTENCIADOR

A mi parecer, en cualquiera de los casos en que el juez de exequátur rechaza el reconocimiento de la competencia asumida por el juez sentenciador no se produce una nulidad de la sentencia.

No se anula la sentencia pronunciada, sino que no produce efectos ni es reconocida la sentencia en donde se pretende su reconocimiento.

Simple y sencillamente, el juez de exequátur no tiene el poder para anular una decisión pronunciada al amparo de otro orden jurídico.

VII. CONCLUSIÓN

Para reconocer y ejecutar una sentencia extranjera es necesario revisar si el sentenciador era competente en la esfera internacional. No es precisamente la validez del poder otorgado al sentenciador lo que ha de revisarse, sino la competencia del Estado en la esfera internacional.

Salvo que se prevean en algún tratado las reglas de competencia en la esfera internacional, se configuran por el Estado de exequátur.

Como regla general, es admisible la competencia asumida por el sentenciador si es análoga a la del tribunal de exequátur, si asumió el poder para evitar denegación de justicia o conoció por un acuerdo de prórroga. No se trata de un reconocimiento abstracto al poder de un Estado extranjero, sino un reconocimiento particular del poder de ese Estado para dictar una sentencia.

La revisión de la compatibilidad de la competencia no requiere de un proceso probatorio o controversia!. Al juez de exequátur le basta

No se trata de un reconocimiento abstracto al poder de un Estado extranjero, sino un reconocimiento particular del poder de ese Estado para dictar una sentencia.

12 F. Vázquez Pando, "Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado mexicano". *Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, t. X, México, UNAM, 1983, p. 60. Igualmente, en F. Vázquez Pando, "Mexican law of judicial competence". *Houston Journal of International Law*, vol. 12, núm. 2, primavera 1990, p. 342. Del mismo autor, "La competencia en la esfera internacional, en el nuevo derecho internacional privado mexicano", ponencia presentada en el XIV Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, México, 1990, pp. 19 y 20.

Resulta difícil encontrar en los tratados internacionales algún listado que indique cuándo la competencia que asume un Estado es exorbitante.

constatar una cierta equivalencia o semejanza en los resultados para la construcción de la norma de competencia. Las reglas se infieren del propio orden jurídico.

Si se reconoce la competencia del tribunal sentenciador (en la hipótesis que otorga competencia para evitar una denegación de justicia), no será necesario recurrir a varios Estados y obtener resolución denegatoria. Basta que el tribunal de exequátur constate que el sentenciador asumió competencia para evitar denegación de justicia.

En la prórroga de competencia se requiere que el foro designado acepte el acuerdo de los sujetos del litigio a partir de una conexión razonable.

El tribunal de exequátur puede rechazar la competencia asumida por el sentenciador cuando no sea compatible o análoga a la del lugar de ejecución, la califique como exorbitante o conduzca a una denegación de justicia.

Se estimará a la competencia del tribunal sentenciador como no compatible con las reglas de competencia en la esfera internacional, cuando el orden jurídico del tribunal de exequátur la estime como una competencia exclusiva. El hecho de que un Estado se autoatribuya competencia exclusiva sobre asuntos o litigios específicos no es para prohibirle a otros Estados que conozcan del asunto, sino para excluir del reconocimiento todo efecto que pudiera acarrear el poder o competencia que un tribunal extranjero pudiera asumir.

Tampoco se reconocerá la competencia ejercida cuando conduzca a una denegación de justicia o que el elector del foro goce de exclusividad para elegirlo.

El rechazo de una sentencia extranjera no la anula, solo desconoce sus efectos en el foro donde se pretende su ejecución.



Verificaciones de mercancía transporte por agentes de la policía

Adrián Ignacio Rodríguez Almeida

En materia fiscal existen debidamente regulados los procedimientos de fiscalización, también conocidos con el nombre de facultades de comprobación, mismos que tienen por objeto la verificación por parte de las autoridades del debido cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de los contribuyentes, por lo que las referidas facultades de comprobación de las autoridades fiscales se pueden clasificar en:

- a) Reconocimiento aduanero. Es la verificación física y documental practicada por las autoridades aduaneras, durante el despacho aduanero de las mercancías de comercio exterior.
- b) Verificación de mercancía en transporte. Consiste en la revisión física y documental por las autoridades fiscales de las mercancías de comercio exterior, que son transportadas a través de los tráfi-cos terrestre, marítimo o fluvial.
- c) Glosa de documentos. Consiste en la revisión legal y aritmética de los pedimentos y otros documentos de comercio exterior presentados por los contribuyentes en las aduanas, ya sea para la importación o exportación de mercancías. Lo anterior, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones y formalidades establecidas en la legislación fiscal y aduanera, después de haberse realizado el despacho de las mercancías.
- d) Revisión de gabinete. Las autoridades fiscales podrán realizar revisiones de gabinete o de escritorio en los términos del artículo 48 del Código Fiscal de la Federación, solicitando a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros, dictámenes, informes, datos o documentos, o pedir la presentación de la contabilidad

*...la actividad
fiscalizadora de las
autoridades puede
ser llevada a cabo
tanto en el domicilio
de los contribuyentes
como a través de
revisiones de toda
clase de bienes en los
lugares de producción
o en tránsito...*

o parte de ella para el ejercicio de facultades de comprobación, fuera de una visita domiciliaria.

- e) **Visita domiciliaria.** El fundamento legal de las visitas domiciliarias se encuentra en la fracción III del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, mismo que establece que las autoridades fiscales podrán practicar visitas a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros relacionados con ellos, y revisar su contabilidad, bienes y mercancías.

Como se desprende de lo anterior, la actividad fiscalizadora de las autoridades puede ser llevada a cabo tanto en el domicilio de los contribuyentes como a través de revisiones de toda clase de bienes en los lugares de producción o en tránsito, teniendo esta última hipótesis su fundamento legal en lo dispuesto por la fracción XI del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, que establece:

Artículo 42. Las autoridades fiscales a fin de comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estarán facultadas para:

VI.- Practicar u ordenar se practique avalúo o verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte.

Asimismo, el fundamento legal de las diversas formas de comprobación por parte de las autoridades aduaneras, se ubica en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los artículos 43, 46 y 144 de la Ley Aduanera, facultando a la autoridad en lo que se refiere a la verificación de mercancía en transporte la fracción XI, del último de los numerales mencionados, que a continuación se transcribe:

Artículo 144. La Secretaría tendrá, además de las conferidas por el Código Fiscal de la Federación y por otras leyes, las siguientes facultades:

XI. Verificar en forma exclusiva durante su transporte, la legal importación o tenencia de mercancías de procedencia extranjera en todo el territorio nacional, para lo cual podrá apoyarse en el dictamen aduanero a que se refiere el artículo 43 de esta Ley.

Ahora bien, en el caso concreto de la verificación de mercancía de comercio exterior en transporte, por ser un acto administrativo debe cumplir con el Principio de Legalidad consagrado en el artículo 16 constitucional, como una garantía que los gobernados tienen para que todo acto de molestia que se le cause en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, se realice mediante mandamiento escrito que cumpla con ciertos requisitos básicos, como el que provenga de una autoridad competente, que en dicho escrito se den a conocer los hechos aplicables al caso en que se apoye el acto y que se especifiquen las disposiciones legales en que se fundamenta el acto de molestia.

En igual forma, la verificación de mercancía de comercio exterior en transporte, debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 38 del Código Fiscal de la Federación, el cual establece los requisitos de validez que deben contener los actos administrativos emitidos por las autoridades fiscales y aduaneras en la esfera de su competencia, señalando el numeral en comento que los actos administrativos que se deban notificar deberán constar por escrito, señalar la autoridad que los emite, estar fundados y motivados y expresar la resolución, objeto o propósito que se trate, además de ostentar la firma del funcionario competente o, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vayan dirigidos.

En cuanto a la firma del funcionario competente, se traduce en que la orden de verificación de mercancía en transporte debe ser emitida por un funcionario o autoridad competente y con facultades suficientes para el efecto de que se trate; por lo tanto, la competencia debe estar debidamente fundada, expresándose en el escrito que contiene la orden de verificación sujeta a estudio, las formalidades esenciales del procedimiento, el carácter con que la autoridad correspondiente lo suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que tal legitimación le otorgue.

Por su parte, en lo que se refiere a la fundamentación y motivación del acto relativo a la verificación de mercancía en transporte, el artículo 16 constitucional dispone que todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose, por lo primero, que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, que se debe señalar con exactitud la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas; lo anterior, tal y como se dispone en la jurisprudencia que por contradicción de tesis fuera creada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dicta:

...la actividad fiscalizadora de las autoridades puede ser llevada a cabo tanto en el domicilio de los contribuyentes como a través de revisiones de toda clase de bienes en los lugares de producción o en tránsito, teniendo esta última hipótesis su fundamento legal en lo dispuesto por la fracción XI del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación...

Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Diciembre de 2005 Tesis: 1a./J. 139/2005 Página: 162 Materia: Común Jurisprudencia.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE. Entre las diversas garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustento de la garantía de audiencia, está la relativa al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como de debido proceso legal, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional que concluye con el dictado de una resolución que dirime las cuestiones debatidas. Esta garantía obliga al juzgador a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, considerando todos y cada uno de los argumentos aducidos en la demanda, en su contestación, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos los puntos litigiosos materia del debate. Sin embargo, esta determinación del juzgador no debe desvincularse de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar debidamente los actos que emitan, esto es, *que se expresen las razones de derecho* y los motivos de hecho considerados para su dictado, los cuales deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad. Ahora bien, como a las garantías individuales previstas en la Carta Magna les son aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional en términos de su artículo 133, *es indudable que las resoluciones que emitan deben cumplir con las garantías de debido proceso legal y de legalidad* contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, en el estudio de las acciones y excepciones del debate, apoyándose en el o *los preceptos jurídicos que permiten expedirla* y que establezcan la

hipótesis que genere su emisión, así como *en la exposición concretada de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso.*

Contradicción de tesis 133/2004-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. 31 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz Joaquina Jaimes Ramos. Tesis de jurisprudencia 139/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco.

La justificación constitucional de la motivación y fundamentación, es que el particular conozca las razones que tuvo la autoridad para emitir el acto, así como las disposiciones legales, tanto sustantivas como adjetivas, en que se apoyó para su emisión, a efecto de que el gobernado pueda combatirlo y no quedar en estado de indefensión.

Sobre el particular, para realizar la verificación de la mercancía en transporte, la autoridad aduanera o fiscal primero se deberá identificar con el transportista, tenedor o poseedor de las mercancías, con la Constancia de Identificación respectiva emitida por el Administrador General de Aduanas o por el Administrador de la Aduana de la circunscripción territorial donde se realice la revisión, o por cualquier otro servidor público competente; de igual forma, se deberá notificar al contribuyente la Orden de Verificación de mercancía de comercio exterior en transporte, la cual podrá ser dirigida al transportista, tenedor o poseedor de las mercancías, procediéndose al traslado de éstas y de sus medios de transporte al recinto fiscal autorizado para la revisión física y documental de la mercancía y del medio de transporte, procediéndose a levantar el dictamen de clasificación, cotización y avalúo de las mercancías. De detectarse irregularidades, se iniciará el procedimiento administrativo en materia aduanera o el procedimiento de irregularidades, según proceda.¹

Ahora bien, por principio tenemos que las facultades de comprobación de la autoridad aduanera es un acto de molestia a nuestras posesiones y no se puede verificar, a menos de que exista mandamiento por escrito, debidamente fundado y motivado en disposición legal; en este orden de ideas, tanto el artículo 46 como el 150 de la Ley Aduanera reconocen cuándo es que la autoridad aduanera deberá de levantar un

...las facultades de comprobación de la autoridad aduanera es un acto de molestia a nuestras posesiones y no se puede verificar, a menos de que exista mandamiento por escrito, debidamente fundado y motivado en disposición legal...

¹ Trejo Vargas, Pedro (2012, mayo). *Tratado de derecho aduanero*. México: Tax Editores Unidos, S. A. de C. V.

acta de irregularidades, derivada del ejercicio de su facultad de comprobación, para lo cual entraremos al análisis de los mismos:

ARTICULO 46. Cuando las autoridades aduaneras con motivo de la *revisión de documentos presentados para el despacho de las mercancías, del reconocimiento aduanero, del segundo reconocimiento o de la verificación de mercancías en transporte.*, tengan conocimiento de cualquier irregularidad, la misma se hará constar por escrito o en acta circunstanciada que para el efecto se levante, de conformidad con el procedimiento que corresponda, en los términos de los artículos 150 a 153 de esta Ley...

Por su parte, el artículo 150 de la Ley Aduanera establece lo siguiente:

ARTICULO 150. *Las autoridades aduaneras levantarán el acta de inicio del procedimiento administrativo en materia aduanera, cuando con motivo del reconocimiento aduanero, del segundo reconocimiento, de la verificación de mercancías en transporte o por el ejercicio de las facultades de comprobación, embarguen precautoriamente mercancías en los términos previstos por esta Ley.*

De lo anterior, tenemos que las actas de inicio del Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, que levanta la autoridad aduanera en términos del artículo 46 de la ley en mención, deben ser el resultado de cualquiera de los procedimientos de fiscalización señalados anteriormente, por lo que en la especie, tratándose de la verificación de mercancía en transporte, dicho procedimiento se deberá efectuar mediante una orden escrita, debidamente fundada y motivada, emitida por autoridad competente.

Ahora bien, actualmente en esta frontera tanto los agentes de la policía federal como los de Seguridad Pública Estatal y Municipal, con el argumento de efectuar servicio de inspección, seguridad, vigilancia, supervisión, prevención del delito y combate a la delincuencia, detienen de manera aleatoria a los vehículos que circulan por las arterias de esta ciudad para realizar la investigación correspondiente; sin embargo, cuando los vehículos detenidos son de origen extranjero o cuando siendo nacionales transportan mercancías en su interior, los citados agentes de la policía requieren a los particulares tenedores o poseedores que acrediten con la documentación aduanera correspondiente la legal estancia, tenencia o importación de las mercancías o vehículos en el país y en caso de no exhibirse la referida documentación, tanto ellos como sus bienes son puestos a disposición del Ministerio Público Federal o Estatal, según sea el caso, quienes, a su vez, los ponen a disposición de

la Administración de la Aduana. Por tanto, las acciones realizadas por los citados oficiales de policía, lejos de ser actos tendientes a la realización de los servicios mencionados, lo que en realidad dichos servidores públicos llevan a cabo al requerir que se acredite la legal estancia, tenencia o importación en el país de las mercancías o vehículos mediante la exhibición de los documentos idóneos, son labores de verificación de mercancía en transporte, mismas que en términos de la Ley Aduanera están reservadas para ser llevadas a cabo únicamente por las autoridades aduaneras, a través de la notificación de una orden de verificación de mercancía de procedencia extranjera en transporte, debidamente fundada, motivada y signada por la autoridad competente para el efecto.

Luego, entonces, si los multicitados agentes de la policía requieren a los particulares para que acrediten la legal estancia, tenencia o importación en el país de los vehículos y mercancías en ellos transportados, dicha actuación no puede ser considerada como funciones de inspección, seguridad, vigilancia, supervisión, prevención del delito y combate a la delincuencia, sino que materialmente se trata de una auténtica verificación de mercancía en transporte, que en vía de los hechos se efectúa en forma velada e ilegal.

Ahora bien, los artículos 2º fracción II, primer párrafo; 3º, 150 y 151 fracción III de la Ley Aduanera vigente, en su orden y en la parte que interesa, establecen lo siguiente:

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley se considera:

II.- Autoridad o autoridades aduaneras, las que de acuerdo con el Reglamento Interior de la Secretaría y demás disposiciones aplicables, tienen competencia para ejercer las facultades que esta Ley establece.

Artículo 3. Las funciones relativas a la entrada de mercancías al territorio nacional o a la salida del mismo son facultades exclusivas de las autoridades aduaneras.

Artículo 150. Las autoridades aduaneras levantarán el acta de inicio del procedimiento administrativo en materia aduanera, cuando con motivo del reconocimiento aduanero, del segundo reconocimiento, de la verificación de mercancías en transporte o por el ejercicio de las facultades de comprobación, embarguen precautoriamente mercancías en los términos previstos por esta Ley,

Artículo 151. Las autoridades aduaneras procederán al embargo precautorio de las mercancías y de los medios en que se transporten, en los siguientes casos:

III.- Cuando no se acredite con la documentación aduanera correspondiente, que las mercancías se sometieron a los trámites previstos en esta Ley para su introducción al territorio nacional o para su internación de la franja o

región fronteriza al resto del país y cuando no se acredite su legal estancia o tenencia, o se trate de vehículos conducidos por personas no autorizadas. En el caso de pasajeros, el embargo precautorio procederá sólo respecto de las mercancías no declaradas, así como del medio de transporte, siempre que se trate de vehículo de servicio particular, o si se trata de servicio público, cuando esté destinado a uso exclusivo del pasajero o no preste el servicio normal de ruta.

De los artículos recién transcritos, obtenemos que la Ley Aduanera es perfectamente clara cuando estipula que por autoridad o autoridades aduaneras, se entienden *las que de acuerdo con el Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y demás disposiciones aplicables, tienen competencia para ejercer las facultades que la referida ley establece*, y que las funciones administrativas relativas a la entrada de mercancías al territorio nacional o a la salida del mismo, se realizarán por las referidas autoridades aduaneras; asimismo, deberán ser las propias autoridades aduaneras quienes levanten el acta de inicio del procedimiento administrativo en materia aduanera, cuando con motivo del reconocimiento aduanero, del segundo reconocimiento, de la verificación de las mercancías en transporte o por el ejercicio de facultades de comprobación, embarguen precautoriamente mercancías en los términos previstos por la Ley Aduanera y, además, podrán proceder al embargo precautorio de las mercancías y de los medios en que se transporte, en los casos en que la propia ley en comento así lo determine.

Atento a lo anterior, tenemos que en el caso que nos ocupa, con posterioridad a que los elementos de las policías federal, estatal o municipal han llevado a cabo la verificación en tránsito del vehículo o de las mercancías, sin haber mediado orden estricta que cumpliera con lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente a la fundamentación y motivación, y además estar expedida por autoridad competente, maquillando dichos servidores públicos la referida verificación, aduciendo que su actividad fue en funciones de inspección, seguridad, vigilancia, supervisión, prevención del delito y combate a la delincuencia, la aduana inicia el Procedimiento Administrativo en Materia Aduanera, aprovechando la detención del particular y la desposesión del vehículo o sus mercancías, siendo levantada el acta de inicio del referido procedimiento administrativo en la que se decreta el embargo precautorio del vehículo o de las mercancías, *teniendo sustento lo anterior en una verificación de mercancía en transporte inicial, practicada por una autoridad incompetente y desprovista de una orden escrita que les autorizara llevarla a cabo, lo que necesariamente genera la ilegalidad del procedimiento administrativo en materia aduanera en cuestión, por estar viciado desde su inicio.*

Es por lo anterior que los agentes de la policía, al no contar con una orden de verificación de mercancía en transporte expedida por una autoridad competente, están ejecutando actos de forma ilegal, pues resulta evidente la falta de competencia de los multicitados servidores para verificar la legal estancia, tenencia o importación de mercancías o vehículos generando necesariamente que el ulterior procedimiento administrativo en materia aduanera, sustentado en dicha verificación inicial, esté afectado de ilegalidad desde su origen.

En las circunstancias antes descritas, al haber tenido sustento el procedimiento administrativo en materia aduanera, en la actuación de la autoridad incompetente, se actualiza la causal de nulidad prevista por la fracción I del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, por lo que en términos del artículo 52, fracción II, del mismo ordenamiento, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en caso de un juicio de nulidad, se encuentra en aptitud de resolver declarando la nulidad en forma lisa y llana, tanto del procedimiento como de la resolución aduanera que sea emitida.

En lo que respecta a la declaratoria de nulidad, resulta aplicable al caso concreto la Tesis emitida por el H. Pleno de la Sala Superior del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, hoy Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mismo que a la letra reza:

**NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN.- DEBE DECRE-
TARSE POR INCOMPETENCIA DEL FUNCIO-
NARIO QUE HAYA TRAMITADO EL PROCEDI-
MIENTO DEL QUE DERIVA.** Establece el artículo 328, fracción I, del Código fiscal de la Federal, que se declarara que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre la incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva. Por tanto, debe nulificarse el proveído que impone una multa por infracciones que se consignan en un acta levantada por autoridad incompetente.

Revisión No. 1243/86.- Resuelta en sesión de 5 de marzo de 1897, por unanimidad de 7 votos.- Magistrado ponente: Alfonso Cortina Gutierrez.- Secretaria: Lic. Ma. Estela Ferrer Macgregor Poisot. Segunda Época. Instancia: Pleno R.T.F.F.: Año VII No. 87.Marzo 1987. Tesis: II-TASS-9702 Pagina: 708.

Asimismo, la jurisprudencia por contracción de Tesis 34/2007-SS de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

NULIDAD. DECRETADA POR INSUFICIENCIA EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, DEBE SER LISA Y LLANA. En congruencia con la jurisprudencia 2ª/J. 52/2001 de esta Segunda Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, noviembre de 2001, página 32, con el rubro: "COMPETENCIA DELAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. LA NULIDAD DECRETADA POR NO HABERLA FUNDADO NO PUEDE SER PARA EFECTOS, EXCEPTO EN LOS CASOS EN LOS QUE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA RECALGA A UNA PETICIÓN, INSTANCIA O RECURSO.", se concluye que cuando la autoridad emisora de un acto administrativo no cite con precisión el apartado, fracción, inciso o subinciso correspondiente, o en su caso, transcriba el fragmento de la norma si esta resulta compleja, que le conceda la facultad de emitir el acto de molestia el particular quedaría en estado de inseguridad jurídica y de indefensión, al desconocer si aquella tiene facultades para ello, por lo que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa deberá la nulidad lisa y llana del acto administrativo emitido por aquella, esto es, no la vinculara a realizar acto alguno, por lo que su decisión no podrá tener un efecto conclusivo sobre el acto jurídico material que la motivo, salvo el caso de excepción previsto en la jurisprudencia citada, consistente en que la resolución impugnada hubiese recaído a una petición, instancia o recurso, supuesto en el cual deberá ordenarse el dictado de una nueva en la que se subsane la insuficiente fundamentación legal.

Contradicción de Tesis 34/2007-SS.- Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos en Materia Administrativa del tercer Circuito.- 28 de marzo de 2007.- Cinco votos.- Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.- Secretaria: Hilda Marcela Arceo Zarza.



La indeterminación económica de daño moral

Jesús Abraham Martínez Montoya

El daño moral es incuantificable. La afectación psicoemocional de una persona; a su honor, sentimientos, vergüenza, dignidad; y en general, todo aquello que resulte en perjuicio de su persona y sus bienes inmateriales, jamás podrán ser objeto de equivalencia o medida.

El tratamiento del tema de la cuantificación de la indemnización por daño moral en favor de una persona debe —primeramente— comprenderse antes de iniciar cualquier discusión económica al respecto. El llamado *pretium doloris*, hasta la fecha, ha prevalecido como criterio para entender que el supuesto pago por daño moral no es sino una compensación para satisfacer la aflicción o sufrimiento de una persona provocados por un tercero.

Este punto se discutió en el Tribunal Supremo de España en dos sentencias de fechas 12 de mayo de 1990 y 25 de noviembre de 1996; asimismo, en sentencias del 3 de noviembre de 1993 y 28 de abril de 1995, las cuales cita el magistrado jubilado Ramón Maciá Gómez en su disertación respecto al tema, que tituló "La dualidad del daño patrimonial y del daño moral" (Maciá Gómez, 2010). Este experimentado autor recoge el criterio de la reparación que esta clase de daño inmaterial va dirigida a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento causado.

Es inestimable cualquier afectación que se realice en los bienes inherentes a la persona. Tras una lesión física que imposibilite a alguien realizar determinadas actividades como las artísticas, deportivas o de recreación, aun y cuando se pueda calcular la incapacidad laboral, existe esta parte que no podría resarcirse sencillamente porque es inestimable. En ello convienen la mayoría de los juristas que conocen de este tema y concluyen que los intereses extrapatrimoniales vulnerados de la víc-

Una de las preocupaciones que regularmente tienen los jueces penales es aplicar exactamente la ley. La razón es que, además de ser una garantía

constitucional, es un principio sobre el que descansa todo el orden constitucional.

tima, como dignidad, fama, sentimientos, emociones y en general lo que le procura felicidad, no pueden ser sustituidos por dinero (Vega Cardona, Raúl José y Ordellín Font, 2012).

Reneiro Rodríguez Corría escribió algo muy importante en el resumen del artículo que tituló "La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral", en el cual sentencia: "La reparación pecuniaria del daño moral procede siempre que se entienda que la misma cumple funciones de compensación y satisfacción". Una vez que tenemos claro que la reparación del daño moral no es un pago sino una compensación, ¿a cuánto asciende el monto de una compensación para resarcir el daño moral? ¿Cuál debe ser el criterio de los juzgadores para establecer el monto del agravio moral?

EL CRITERIO DEL JUZGADOR Y EL ESTABLECIMIENTO DEL BAREMO

Como ya lo hemos mencionado, resulta incuantificable o indeterminable el daño moral y, si lo relacionamos con la cantidad de dinero con el cual se deba compensar al ofendido por el agravio, siempre tendremos el problema de cómo establecer un parámetro. Los jueces no tienen un "dolorímetro" para resolver la situación jurídica que se les presenta cuando tienen que establecer la cantidad de dinero que, por concepto de la reparación del daño moral, debe pagar el sentenciado. Otro problema que se enfrenta es la sombra del artículo 14 constitucional, que constriñe a la exacta aplicación de la ley.¹ Resulta sencillo simplemente solicitar que el homicida, violador u otro criminal semejante sea condenado al pago de la reparación del daño moral pero, ¿a qué cantidad? Y, por otra parte, si esta es la imposición de una pena criminal, ¿cómo se le hace para que su aplicación sea exacta?

Una de las preocupaciones que regularmente tienen los jueces penales es aplicar exactamente la ley. La razón es que, además de ser una garantía constitucional, es un principio sobre el que descansa todo el orden constitucional. Previamente debemos advertir que entender la aplicación exacta de la ley no es algo sencillo, basta comprender que esta debe ser racional, con equivalencia de razón y más que nada que la interpretación debe ser la correcta para que su aplicación corra la misma suerte, es decir, una interpretación-aplicación exacta de la ley, a lo cual me refiero en mi artículo "La exacta aplicación de la ley" (Martínez Montoya, 2011).

La complejidad del tema tiene que ver, en buena medida, con el hecho de que la pena de reparación del daño es una pena privada que el Estado decidió elevar a la categoría de pública, lo cual queda de ma-

¹ Artículo 14. "...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

nifiesto si analizamos históricamente cómo los códigos penales latinoamericanos fueron incorporando otras penas –diferentes de la prisión- a sus legislaciones criminales; tal es el caso de la reparación del daño (material, moral y perjuicios) y la multa, entre otras. Ahora bien, tenemos una pena de naturaleza privada pero que cobra vida con el carácter de pública; la cuestión será si esta debe seguir las reglas de los ordenamientos civiles para su determinación económica. ¿Acaso no tienen los tribunales civiles el mismo problema? Veamos.

La condena a la reparación del daño moral lo dispone el artículo 43 del Código Penal de Chihuahua, que a la letra dice:

Artículo 43. De la reparación del daño

La reparación del daño comprende, según la naturaleza del delito de que se trate:

- I. El restablecimiento de las cosas en el estado en que se encontraban antes de cometerse el delito.
- II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes, la autoridad judicial podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.
- III. La reparación del *daño moral* sufrido por la víctima u ofendido [el subrayado es mío].
- IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.
- V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión, en los términos de la Ley Federal del Trabajo.

Aun y cuando el citado dispositivo no define el daño moral, como otras tantas expresiones y palabras, se ocupan de ella el Código Civil de Chihuahua, la doctrina y la jurisprudencia. Creemos que la definición por excelencia se contiene en el artículo 1801, que indica literalmente:

Artículo 1801. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante *una indemnización en dinero*, con inde-

pendencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme el artículo 1798, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1813, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

Otra vez tenemos el imperativo de la ley que faculta al juez a determinar el monto de la indemnización por daño moral, pero no le dice específicamente cómo hacerlo; no remite a una tabla, tabulador, tarifa o baremo. El cálculo económico resulta ser tan subjetivo como el propio concepto. En efecto, es relativo y casi inoperante que el juez tenga que establecer el grado de responsabilidad del transgresor. ¿Cómo lo hará? Y por otra parte, debe tomar en cuenta la situación económica del responsable, lo cual no es tan difícil: simplemente, se puede demostrar el sueldo que percibe y en caso complejo lo resuelven estudios socioeconómicos practicados por peritos, tanto para él como para la víctima. De igual forma, el juzgador debe tomar en cuenta las demás circunstancias del caso. No es necesario hacer más comentarios al respecto: la sola redacción del numeral en comento nos pone en aprietos.

No todos los casos de actos ilícitos de los cuales se derive la responsabilidad civil están sin un monto determinable. En el caso del homicidio existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —en una errática interpretación de disposiciones análogas a los artículos 43 y 48 del Código Penal Chihuahuense— donde considera que el monto por concepto de daño moral, tratándose del delito de homicidio, se calcula en razón de setecientos treinta veces el salario.²

En un análisis anterior, yo había establecido jurídicamente el error de involucrar las indemnizaciones laborales con las civiles. El propio redactor de la Ley Federal del Trabajo, el doctor De la Cueva, fue claro al respecto; sin embargo, no es tan descabellado considerar como tarifa o instrumento de cálculo compensatorio del daño moral. Maciá Gómez menciona que, en Europa, algunos países se han preocupado por establecer un sistema de baremación que les auxilie en el cálculo de la indemnización del daño moral, principalmente para jueces, abo-

*No todos los casos de
actos ilícitos de los
cuales se derive la
responsabilidad civil
están sin un monto
determinable. En el
caso del homicidio
existen criterios de la
Suprema Corte de
Justicia de la Nación...*

² 1 a./J. 88/2001, Contradicción de tesis 102/2000-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero en Materia Penal del Primer Circuito. 13 de junio de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Tesis de jurisprudencia 88/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero.

gados y las compañías aseguradoras de Estados Unidos, Reino Unido y Australia. A este sistema de baremación se le conoce como *Colossus*. En el Parlamento Europeo se denominó "Guía baremo europea para la evaluación de las lesiones físicas y psíquicas". En Francia también se diseñó una tabla que es como un "baremo del precio del dolor" cuyas afecciones van desde las muy leves hasta las muy importantes, y con pagos desde quinientos hasta dieciocho mil euros (Maciá Gómez, 2010).

LA AFECTACIÓN
PSICOEMOCIONAL
ES UN DAÑO A LA SALUD

Existen estudios de metodologías que buscan establecer la calidad de la vida (Velarde-Jurado, Elizabeth y Ávila-Figueroa, 2002). Se presenta un interesante sistema de estándares de salud para conocer precisamente las molestias y hasta dolores que causan los padecimientos y enfermedades y de cómo influyen en el bienestar humano. Pero, al mismo tiempo, hay análisis de la calidad de vida que se fundan en otros aspectos, distintos del bienestar físico: la condición emocional, psicológica y social. En palabras de Laura Schwartzmann, se resume así: "Es claro que calidad de vida es una noción eminentemente humana que se relaciona con el grado de satisfacción que tiene la persona con su situación física, su estado emocional, su vida familiar, amorosa, social así como el sentido que le atribuye a su vida, entre otras cosas" (Schwartzmann, 2003). La autora de tal concepto explica que la calidad de vida ha sido de gran interés en la comunidad médica y objeto de discusión en artículos de revistas. En su artículo presenta el proyecto de un modelo bio-psico-social que busca tener una evaluación integral de la calidad de vida y con ello poder establecer determinaciones cualitativas y cuantitativas en la orientaciones de los sectores de salud. Indica que no es el alargamiento de la vida lo que proporciona la calidad, y por otra parte, señala que los factores estresantes predisponen a la enfermedad y la deterioran. Hace mención de un grupo de trabajo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que estima que para el 2020 el estrés será la causa principal de muerte, relacionada con afecciones cardiovasculares y depresiones. Un concepto que expresa tal organismo en 1948 sobre la calidad de vida es el siguiente: "...un estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no meramente la ausencia de enfermedad".

De lo anterior se infiere que el individuo afectado psicoemocionalmente por la pérdida de un ser querido también presenta un deterioro de la salud, aunque de inicio no se perciba como una enfermedad. En efecto, las víctimas indirectas de un homicidio (familiares directos) regularmente presentan perturbaciones psíquicas, como lo son los pensamientos intrusivos, pérdida de memoria a corto plazo, falta de concentración, depresión y, en general, infelicidad. Por estas razones,

*...las víctimas indirectas
de un homicidio
(familiares directos)
regularmente presentan
perturbaciones
psíquicas, como lo
son los pensamientos
intrusivos, pérdida de
memoria corto plazo,
falta de concentración,
depresión y, en
general, infelicidad.*

el establecimiento de una pena pecuniaria como pago de la reparación del daño moral tiene como principal base teórica el atentado que se hace a la calidad de vida de la persona, es decir, al dolor o aflicción psicoemocional que en lo futuro deberá soportar como parte de recuerdos desagradables o la falta de disfrute pleno de su vida personal. Traemos a colación la frase que escribe Carmen Domínguez citando a De castro y Bravo, y con ello cerramos nuestro artículo: "...que la renacida tendencia que postula un reconocimiento general de los bienes de la persona, y el mayor respeto a la vida de cada uno; que ha de expresarse, para que no quede en palabra vacía, en el valor universalmente conocido hoy: el dinerario" (Domínguez, 1998).

BIBLIOGRAFÍA

- Domínguez, C. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1), 27-55.
- Maciá Gómez, R. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 1(36), 21—32.
- Martínez Montoya, J. A. (2011). La exacta aplicación de la ley. *Cultura Científica y Tecnológica*, 1(43-44), 107.
- Schwartzmann, L. (2003). Calidad de vida relacionada con la salud: health-related quality of life: conceptual aspects. *Ciencia y Enfermería IX*, 2(2), 9-21.
- Vega Cardona, Raúl José y Ordelín Font, J. L. (2012). Presupuestos para la determinación del quantum indemnizatorio del daño moral en Cuba. Perspectivas para una reforma. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(8), 284-301.
- Velarde-Jurado, Elizabeth y Ávila-Figueroa, C. (2002). Consideraciones metodológicas para evaluar la calidad de vida. *Salud Pública de México*, 44(5), 448-463.
-



Derechos fundamentales en el paradigma del neoconstitucionalismo: un bosquejo

Jesús Cristian Aceves Medrano

•I. PRELIMINAR

En el horizonte del plano constitucional, una generalizada agenda de cambios se desencadenó tras la Segunda Guerra Mundial, donde el *statu quo* de las sociedades se vio profundamente marcado y la eventual incidencia de transformaciones en otras áreas del derecho no se hizo esperar. Los albores de una creciente tendencia se empezaban a vislumbrar. El espectro jurídico debía adoptar un nuevo paradigma que se orientara a una concepción más integradora del derecho, para de esta forma satisfacer una serie de exigencias en distintos rubros referente a la adjudicación e interpretación del derecho. En la otra mano, fue necesario procurar la no reincidencia de episodios tan sombríos como aquellos desatados por la guerra. Múltiples declaraciones de derechos humanos vieron la luz, consignadas desde la tarea de preservar el valor de la persona como un fin al cual se debía aspirar y concretar como consecuencia de una larga encrucijada, adoptadas y perpetuadas a través del tiempo y las diversas sociedades. Es así como surgen dos postulados que atrajeron una brillante atención dentro de la teoría jurídica contemporánea. En una cara de la moneda, el "matiz de derecho humanista" como estandarte de la defensa del valor del individuo mediante una constante lucha que conglomeraba aspectos heterogéneos y en la otra, una desarrollada fenomenología conocida como neoconstitucionalismo. *¿Es visible el reflejo de los derechos fundamentales en el espejo del neoconstitucionalismo? ¿Cómo se concilian los enunciados de una y otra esfera? ¿Es oportuna esta conciliación? ¿Es necesaria la misma?*

Alumno de la Licenciatura en
Derecho de la Universidad Au-
tónoma de Ciudad Juárez.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA MATERIA: ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

*¿Representa acaso el
constitucionalismo la
mejor manifestación de
organización política?*

Son muy variadas las etiquetas y denominaciones que se le han brindado al paradigma en cuestión. Dentro del profundo juego que involucra la labor de otorgar un nombre a las cosas, algunos títulos llegan a ser más apropiados que otros. Pues qué es el lenguaje, sino una perenne lucha de conceptos encontrados que compiten, de maneras muy particulares, por convertirse en la fórmula predominante empleada por sus interlocutores. Podríamos referirnos a él bajo el rótulo de "nuevo constitucionalismo", o bien, sustituir la primera palabra, invertir el orden y llamarlo "constitucionalismo contemporáneo"; hay quienes optan por dejar la tradicional denominación de "constitucionalismo" a secas.

No obstante, considero preciso suscribir el término más extendido dentro de los confines de la tradición continental europea del derecho, y adherirnos al de "neoconstitucionalismo" en virtud de que los conceptos enunciados arriba podrían, en alguna u otra forma, liderar nuestra percepción hacia un camino de mal entendimiento. Como pensar que nos referimos a una rústica noción de constitucionalismo, cuando la realidad es que pretendemos aludir a una perspectiva mucho más amplia y ambiciosa.¹ En un primer contacto, y tomando como punto de partida el término "constitucionalismo", podremos usarlo para referirnos a una modalidad del esquema institucional que otorga configuración a una organización política. Atendiendo a una segunda línea, es empleado también para hablar de una teoría jurídica que describe las características fundamentales de tal modelo. Una tercera concepción nos indica el constitucionalismo como una ideología que sustenta la fórmula política mencionada arriba.²

¿Representa acaso el constitucionalismo la mejor manifestación de organización política? Sin entrar a una compleja discusión, es posible inferir que aunque devela una problemática aminorada en cuanto a atribuirle una definición, al moldearla como una forma de gobierno no está exenta de problemas y objeciones.³ Por otra parte, al atribuirle un

1 Ribeiro Moreira, Eduardo (2009, enero-diciembre). "Neoconstitutionalism and Theory of Interpretation". *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, año 3, núm. 3. México, p. 351.

2 Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra, pp. 109 y 110.

3 Son recurrentes, por ejemplo, las objeciones democráticas o contramayoritarias, donde se parte de la crítica al sistema constitucional rígido y se considera una constitución democrática como aquella susceptible de ser abierta, para de esta forma representar la serie de alternativas políticas que subyace a su salvaguarda. Aguiló Regla, Josep (2010). "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución". En: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (comps.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, p. 254.

carácter ideológico es indudable que el constitucionalismo aporta pautas metodológicas y conceptuales que, en primera instancia, lo ubican como una especie óptima del Estado de derecho; una en la cual, por ejemplo, es posible establecer nexos de vinculación entre el derecho y la moral, y así proponer una subordinación de la voluntad respecto a la obligación que del derecho emana. De la mano con esta concepción anterior del constitucionalismo, y siguiendo la arista ideológica, tenemos a aquel que bien puede ser nombrado "constitucionalismo dogmático", tendiente a dar cuenta sobre el acto interpretativo y las labores esgrimidas por la ciencia y la Teoría del derecho, no solo de manera descriptiva sino también efectuando una tarea crítica.⁴

Es preciso señalar que el neoconstitucionalismo, como una variante del Estado de derecho, es resultado de la conciliación entre dos posturas constitucionalistas que, con frecuencia, han sido mostradas de una forma aislada entre sí. La primera de ellas consiste en entender a la Constitución como un conjunto de reglas de juego, que regula la competencia social y política. Un pacto que posibilita garantizar el valor autónomo del individuo, para permitir que sean ellos, dentro de un círculo determinado por la democracia y una relativa igualdad, quienes con libertad desarrollen su plan de vida y sean capaces de tomar decisiones colectivas trascendentales dentro de cada fase histórica. Aquí es donde se considera la Constitución como una entidad jurídicamente superior a los demás cuerpos normativos y se encomienda su garantía al más "neutral" de los poderes; a aquel que se presupone ha de mantenerse distante de las fricciones del debate político, es decir, al Poder Judicial.

La segunda tradición constitucional que tratamos estima la Constitución como la materialización de una sofisticada proyección política. Podemos aseverar que desde esta postura, la Constitución no se limita a instaurar reglas de juego, sino que asume un papel mucho más directamente activo, al condicionar potenciales decisiones colectivas. Busca ampliar su ejercicio hacia el pueblo, su titular indiscutible. De manera sintética, deducimos que, en el primer caso, la Constitución precisa quién, cómo y hasta dónde se manda, mientras que, en el segundo, se señala qué se debe mandar.⁵

Pues bien, el neoconstitucionalismo acoge elementos torales de estas dos concepciones: un marcado contenido normativo y una también notable garantía jurisdiccional en detrimento de la confianza depositada sobre el legislador. Podemos, entonces, en una condición reduccionista, manifestarlo así: una Constitución transformadora con la pretensión de ser condicionante y guía para las decisiones grupales, cuyo protagonismo estriba en la figura judicial y no en el Poder Legislativo.⁶

*Es preciso
señalar que el
neoconstitucionalismo,
como una variante
del Estado de
derecho, es resultado
de la conciliación
entre dos posturas
constitucionalistas que,
con frecuencia, han
sido mostradas de una
forma aislada entre sí.*

4 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 2, pp. 110 y 111.

5 *Ibidem*, pp. 113-115.

6 *Ídem*.

...el constitucionalismo se dirige a ser una ideología que limita el poder y el amparo de una gama de derechos fundamentales. Sin embargo, dentro del marco de la Teoría del derecho no es el constitucionalismo una teoría destacable, si tomamos en consideración que, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo anterior, el positivismo fue la propuesta teórica que gozó de hegemonía.

Al centrar el foco de análisis en la dimensión neoconstitucional, sus militantes la conciben como una doctrina correlativa al proceso de constitucionalización del derecho con la marca de superar las figuras dominantes del positivismo o iusnaturalismo. En una partición análoga a la distinción de tipos de positivismo efectuada por Norberto Bobbio, el también jurista italiano Paolo Comanducci propone una clasificación entre tres tipos de *neoconstitucionalismo*, con el fin de hacer notorias las discrepancias entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo. Como ya fue enunciado en este trabajo, el constitucionalismo se dirige a ser una ideología que limita el poder y al amparo de una gama de derechos fundamentales. Sin embargo, dentro del marco de la Teoría del derecho no es el constitucionalismo una teoría destacable, si tomamos en consideración que, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo anterior, el positivismo fue la propuesta teórica que gozó de hegemonía.⁷ Es oportuno el señalamiento de Comanducci, al indicar que el neoconstitucionalismo no se detiene al explicitarse como una ideología o metodología, sino que, además, se proyecta como una teoría que pugna con la positivista, estableciendo así la siguiente nomenclatura: *neoconstitucionalismo ideológico*, *neoconstitucionalismo metodológico* y *neoconstitucionalismo teórico*.

III. LA TRIPARTICIÓN DEL PARADIGMA: NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO, IDEOLÓGICO Y METODOLÓGICO

Comencemos con la siguiente interrogante: ¿cómo opera el modelo teórico neoconstitucional? Al respecto, podemos señalar, en primer lugar, que tiene por intención describir los logros del vasto proceso de constitucionalización⁸ dentro de los grandes sistemas jurídicos con-

7 Comanducci, Paolo (2007). *Constitución y Teoría del derecho*. México: Fontamara, pp. 74-76,

8 De acuerdo a Riccardo Guastini, las principales condiciones que dan paso al complejo proceso de *constitucionalización* son las siguientes: en primer término, a) La existencia de una Constitución rígida, la cual incorpora y contiene

temporáneos. Tras ello, emerge un modelo de ordenamiento jurídico que entre muchos rasgos podemos enunciar como característicos los siguientes: una Constitución que ha sido llamada "invasora"; la positivización de una serie de derechos fundamentales; una óptica integradora del texto constitucional que no solo se compone de reglas, sino también de principios; además de la irrupción de peculiaridades específicas relativas a la interpretación y adjudicación de los mandatos constitucionales respecto a la misma labor en las demás áreas de la ley. Aporta la Teoría neoconstitucional algunas variantes novedosas en comparación a las tradicionales teorías iuspositivistas, que habían quedado insuficientes para dar cuenta de los cambios sufridos en los sistemas jurídicos actuales, ofreciendo una visión obsoleta y, en algunos casos, insostenible de su situación presente.

Esta teoría precisamente se orienta a establecer el papel de la Constitución en los sistemas jurídicos contemporáneos como su núcleo de análisis, independientemente de si se adopta un "modelo descriptivo de la Constitución como norma" o, por otro lado, un "modelo axiológico de la Constitución como norma".⁹ La Constitución desde luego que comparte una característica esencial con la ley, y ésta es la cualidad de ser un texto normativo y, como tal, un objeto susceptible a ser interpretado. De ahí que la literatura jurídica contemporánea y más específicamente la Teoría de la interpretación, se hayan inclinado por dilucidar la configuración específica que subyace al acto interpretativo de la Constitución, y la labor desarrollada por las cortes constitucionales.¹⁰

.....
 los derechos fundamentales; b) La garantía jurisdiccional de tal Constitución; c) La fuerza vinculante de la Constitución, es decir, un conjunto de normas más bien prescriptivas que programáticas; d) Una creciente *sobreinterpretación* de la Constitución, actividad de la cual es posible derivar principios implícitos; e) Una directa aplicación de las normas constitucionales, extendiendo tal aplicación a las relaciones entre particulares; f) Una interpretación adecuada de las leyes, la cual, señala el propio Guastini, no refiere sobre la interpretación constitucional, sino sobre la interpretación de la ley, eligiendo el juez la más óptima para cumplir un mandato constitucional; y G) La influencia de la Constitución en el marco del debate político. Guastini, Riccardo (2001). "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano". *Estudios de Teoría constitucional*. México: Fontamara.

9 Ambos modelos de análisis son consistentes en tanto que conciben la Constitución como un conjunto de normas jurídicas positivas conglomeradas en un documento, o bien, consuetudinarias y no escritas (piénsese en el sistema constitucional del Reino Unido), las cuales se tildan de fundamentales, además de que, confrontadas con otras reglas jurídicas, se consideran jerárquicamente superiores a ellas y fundantes del ordenamiento jurídico. La diferencia radica en que, al asumir una postura axiológica de la Constitución como norma, se toma la condición de que se tengan determinados contenidos, a los cuales se atribuye un valor especial. La Constitución representa, pues, un valor *per se*. Bien se puede decir que al apreciar la Constitución desde esta etiqueta, estaríamos en cierta forma abandonando una visión teórica neoconstitucional para incursionar en una perspectiva ideológica neoconstitucional.

10 Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 7, pp. 76-78.

...podemos señalar al neoconstitucionalismo metodológico como un punto de contrapartida al positivismo metodológico y conceptual, el cual sostiene la tesis de la distinción entre el derecho que es de aquel que debería ser.

Al mostrarse como una corriente ideológica, el neoconstitucionalismo difiere de la ideología constitucionalista, al priorizar la garantía de los derechos fundamentales, relegando a un segundo plano la limitación del poder estatal. Además de que no reduce su espectro de acción a describir los alcances de la constitucionalización, sino que "los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación". Se brinda, desde luego, una atención especial a los mecanismos institucionales de tutela orientados a garantizar los derechos fundamentales y cómo se condiciona la exigencia de que las actividades desplegadas por el Legislativo y el Judicial se encaminen a este objetivo. También, el neoconstitucionalismo ideológico, como sus exponentes afirman, se inclina a que puede existir un vínculo entre la moral y el derecho consistente en la obligación moral de acatar la Constitución y sus reglas derivadas. Por otra parte, al adoptar el modelo axiológico de la Constitución como norma, este tipo de neoconstitucionalismo expone una gran especificidad de la interpretación constitucional en relación con la ley, así como de su aplicación.¹¹

En un tercer escalafón podemos señalar al neoconstitucionalismo metodológico como un punto de contrapartida al positivismo metodológico y conceptual, el cual sostiene la tesis de la distinción entre el derecho que es de aquel que debería ser. Dentro de la misma podemos identificar dos puntos torales: la tesis referente a las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral, es decir, este enlace es totalmente contingente. Por otra parte, el neoconstitucionalismo metodológico prosigue, al menos en aspectos que involucran situaciones de derecho constitucionalizado, la tesis que concibe a tal conexión como necesaria, en la cual los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen el puente por el cual se transita entre la esfera del derecho y la de la moral.¹²

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO (NEO)CONSTITUCIONAL

El origen de los derechos fundamentales ciertamente es muy difuso y se ubica muy atrás en el tiempo. Algunas sentencias en torno a su existencia y declaración son más válidas que otras. Verbigracia, desde señalamientos de igualdad y libertad en la Biblia hasta máximas empleadas en el medievo, y posteriormente, el cuño ideológico de los grandes pensadores de la Teoría moderna del Estado. Sin embargo, es preciso identificar dos primordiales parteaguas en América y Europa, los cuales representaron la materialización de esta vasta ideología. En orden de aparición, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que dio

11 *Ibidem*, pp. 78-80.

12 *Ibidem*, pp. 80 y 81.

paso a la *Virginia Bill of Rights*,¹³ y pocos años más tarde, con el foco de atención en Francia, nace la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la cual agrupaba aquellos ideales que fundamentaron la Revolución Francesa, y que con una esencia impregnada por la corriente doctrinal del derecho natural, se consideraba a los derechos del hombre como universales y permanentemente válidos, en virtud de hallarse intrínsecamente depositados en la propia "naturaleza del hombre". Este amplio proceso de reconocimiento y garantía de los derechos humanos alcanza su punto crítico con un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Compuesto por treinta artículos, la Declaración Universal de Derechos Humanos acoge aquellos preceptos que han sido catalogados como básicos, que en aleación con los pactos internacionales de derechos humanos y sus respectivos protocolos constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Son innegables los profundos estragos desatados por la Segunda Guerra Mundial y las repercusiones que efectuó en diversas ramas de la vida humana. El derecho y su teorización no fueron ajenos a este impacto. El tópico referente a los derechos fundamentales es uno que alcanza notable atención dentro del margen del debate jurídico contemporáneo y en ese sentido, ha sido capaz de fundirse con otros temas de amplia relevancia. Por ejemplo, siguiendo la línea de Robert Alexy, los derechos humanos se vinculan al ámbito de la democracia mediante tres vías: una ingenua, una idealista y otra realista.¹⁴

Con base en la primera de estas concepciones, la forma ingenua postula la no existencia de conflictos entre la democracia y los derechos humanos, un contacto de perfecta coincidencia entre ambos frentes, lo cual supone, además, una conciliación sin límites para ambos conceptos, pues se parte de la débil idea de que solo puede haber conflictos entre el bien y el mal, y no entre el "bien y el bien". Esta perspectiva es totalmente ilusoria: percibir así al mundo, y sobre todo al derecho y a la política, es *ver de color rosa*. Pues la central falencia de esta propuesta es la exclusión de los conflictos surgidos de la limitación y la escasez. La

...la forma ingenua

postula la no existencia

de conflictos entre

la democracia y los

derechos humanos...

13 En su primer artículo consagra la famosa sentencia que versa: "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados" (expresamente, el gozo de la vida, de la libertad, propiedad, felicidad y seguridad). El segundo artículo refiere a la defensa de la democracia con términos totalmente revolucionarios en la época, estableciendo la residencia del poder en el pueblo y la responsabilidad y servicio de los funcionarios del mismo. Interesantes también los artículos 3º (reforma o abolición de un gobierno, y resistencia y rebelión contra la opresión), 5º y 6º (deslinde entre poderes, periodicidad y frecuente elección de los mandatos) y el 13º (riesgo que representan los ejércitos permanentes para la vigencia de los derechos).

14 Alexy, Robert (2005). "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neonconstitucionalismo(s)*. 2.ª edición. Madrid: Trotta, p. 37.

postura idealista, en cambio, sí se considera a estos aspectos, razón por la cual supone que dicha reconciliación no es posible en este mundo, sino en el constructo ideal de una sociedad perfectamente organizada. Una en la que, por ejemplo, tanto el pueblo como sus representantes no tienen interés alguno en lesionar los derechos fundamentales de todo ciudadano, sino todo lo contrario. Su salvaguarda se ciñe como una eficaz motivación política. Pero el valor adjudicado a los derechos fundamentales en este modelo, es solamente uno de carácter simbólico, una idílica figura que todos pretendemos, pero desprovista de una clara representación que permite aproximarnos a ella. Innecesario decir que, a pesar de su valor, es totalmente inalcanzable fuera del campo de los sueños. Como contrapeso de estas débiles tendencias, la propuesta que brinda la vía realista supone ser la más adecuada, la cual confronta la relación entre los derechos humanos y la democracia mediante dos proposiciones antitéticas entre sí; a) *Los derechos fundamentales son democráticos* y b) *Los derechos fundamentales son antidemocráticos*.

¿Qué razones hay en torno a concebir los derechos humanos como totalmente democráticos? Por una parte, propician el desarrollo y existencia de los individuos mediante la garantía de los derechos de libertad e igualdad, lo cual dota de capacidad y condiciones necesarias para perpetuar el proceso democrático, al proteger diversas libertades (expresión, reunión, asociación), así como derechos políticos (emisión de sufragios, a ser votado). En contraste, los derechos humanos son marcadamente antidemocráticos, al "desconfiar del proceso democrático". Por ejemplo, el sometimiento del Legislativo priva de decisión a la mayoría designada parlamentariamente.¹⁵ Esta singular dicotomía se opone a los postulados de quienes aseveran que es posible una doctrina aséptica sobre la cuestión. En un extremo ubíquense a aquellos que sostienen la ilimitación material de los procesos democráticos y en el otro, a aquellos que guardan un celoso escepticismo ante la democracia; que consideran que el orden está previamente establecido y el proceso, entonces, resulta un acto de simulación, por lo cual es necesario protegerlo aún más de lo que ya lo es, con derechos fundamentales y principios constitucionalmente consagrados.

Es precisamente gracias a la positivización y constitucionalización de un catálogo de derechos fundamentales, denominado *Bill of Rights*, que surge el argumento neoconstitucionalista, y se encomienda la aplicación de justicia que de esta carta emana a un órgano específicamente señalado para ello: el juez.¹⁶

Aquí se devela un modelo explicativo y descriptivo del derecho del Estado constitucional, que dentro de sus pilares argumentativos destaca la negación de la tesis iuspositivista, que propone la separación

15 Alexy, Robert, *ibidem*, p. 38.

16 Pozzolo, Susanna (2005). "Un constitucionalismo ambiguo". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ª edición. Madrid: Trotta, p. 188.

Los ordenamientos jurídicos occidentales, y la manera en que fueron trastocados por la Segunda Guerra Mundial, pueden ser identificados como claros ejemplos del derecho constitucionalizado en virtud de que han receptado algunos elementos estructurales de esta noción.

conceptual entre el derecho y la moral. Aunado a esto, el neoconstitucionalismo aporta, además, un vigorizante modelo “axiológico-normativo”, el cual tiende a señalar (aunque se puede argumentar que de manera difusa) indicaciones sobre las cuales se debería edificar el derecho positivo. La efervescencia de este modelo reside en un aspecto peculiar, pues no requiere la construcción de un ideal jurídico con independencia del derecho que efectivamente exista, sino que se propone lo siguiente: tomar el contenido del derecho constitucional positivo y someterlo a una amplia proyección de carácter dinámico, evolutivo y expansivo, para de esta forma encaminar sus pasos hacia dicho ideal. Con más especificidad, el ideal jurídico se podría considerar transpolar al necesario desarrollo de los derechos fundamentales. Pero la línea a seguir, se aprecia muy poco nítida.¹⁷

Los ordenamientos jurídicos occidentales, y la manera en que fueron trastocados por la Segunda Guerra Mundial, pueden ser identificados como claros ejemplos del derecho constitucionalizado en virtud de que han receptado algunos elementos estructurales de esta noción. Podemos enunciar, por ejemplo, la adopción de novedosos “principios de justicia”, de derechos fundamentales (no solo aquellos de libertad, sino también sociales), que se han enfocado en imponer al Estado un cúmulo de labores de intervención en la sociedad y en otras ramas como la economía.

La creciente afluencia de constituciones rígidas en sincronía con la adherencia de los estados a las convenciones de derechos humanos, dentro del plano del derecho internacional, ha configurado una destacable transformación en el modelo paleo-positivista.¹⁸ Podemos referirnos a él como una segunda revolución en la naturaleza del derecho, que bien podría ser señalada como una alteración del positivismo clásico,

17 Indica Pozzolo que el neoconstitucionalismo aparenta estimar que la línea a seguir se encuentra ya claramente trazada (empleando el término “necesaria”) o immanente en el contenido de los derechos fundamentales, considerando ilusorio el hecho de poder obtener tal dirección evolutiva con base en una simple operación deductiva del propio texto constitucional, es decir, de la misma formulación textual de los derechos.

18 Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5.ª edición (trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Trotta, p. 65.

El paradigma neoconstitucional se ha caracterizado por irrumpir de manera oportuna y trastocar, de manera colateral, los espacios correspondientes a la Teoría política, y de manera más directa, aunque a grandes rasgos, al derecho mismo.

en razón de la positivización de una gama de derechos fundamentales que fungen como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva. Identifica Ferrajoli que la columna de la primera revolución fue expresada mediante la aseveración de la omnipotencia legislativa, donde el *principio de mera legalidad* (también denominada *legalidad formal*) era el rector que nos servía como regla de reconocimiento de la existencia de una norma. La ampliación de esta condición bien podría estribar hoy en día en un *principio de estricta legalidad* (llamado también *legalidad sustancial*), dentro del cual es posible el sometimiento de la ley a cadenas determinadas por aquellos principios y derechos fundamentales residentes en las constituciones.¹⁹

Hoy en día es posible afirmar que los confines de un ordenamiento regido por una Constitución rígida son insuficientes para determinar la validez de una norma y atenerse a su génesis siguiendo los parámetros formales dispuestos para su producción, sino que es menester que sustancialmente sea compatible con los principios y los derechos fundamentales, constitucionalmente consagrados. Podemos hablar de un realce de la Constitución, una noción que ya era considerada siglos atrás y en donde se entiende a la misma como un conjunto de normas sustanciales, que se dirigen a ser garantes de la división de poderes y de los derechos fundamentales.²⁰

V. PROYECCIONES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El paradigma neoconstitucional se ha caracterizado por irrumpir de manera oportuna y trastocar, de manera colateral, los espacios correspondientes a la Teoría política, y de manera más directa, aunque a grandes rasgos, al derecho mismo.

Destacable, por ejemplo, su oposición a las teorías hegemónicas del positivismo y a las inconsistencias del iusnaturalismo. En alguna forma ha conciliado al derecho con la moral y la política, entes que habían sido desvinculados en las nociones positivistas clásicas. Una expresión teórica integradora y útil, cuya virtud estriba en que no se separa de las políticas, decisiones colectivas, agentes morales y la sociedad misma. La ley reaparece como estandarte de la justicia, pero el concepto de justicia es mucho más sofisticado, resultado de una visión racional de las cosas. Fueron múltiples las secuelas plasmadas en diversas áreas de la Teoría jurídica. Por ejemplo, la **priorización** que ahora se le da a la noción de principios, que anteriormente había sufrido de constante relego, se traduce a una revaloración de la Teoría

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *ibídem*, p. 66.

²⁰ Artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene constitución".

de la norma y de las fuentes, y qué decir del marco de la interpretación y la hermenéutica jurídica. En la Teoría de la interpretación clásica, se cuenta con una serie de reglas interpretativas, pero en caso de no haber tales para regular el caso concreto, el juez. Tras el neoconstitucionalismo se redefine la metodología constitucional, en donde se toman en cuenta conceptos alternos como el de derrotabilidad. Se considera, también, que toda interpretación es constitucional.²¹

La idea sobre la sociedad se fundamenta en su composición heterogénea y globalizada. La moral es ahora vista de forma constructivista, basada en condiciones y parámetros de la razón práctica y con pretensiones de corrección, la cual habrá de guiar el discurso legal. El Estado constitucional permite una atención especial a los poderes constituyentes y constituidos, a las reformas constitucionales y el rol que la corte y tribunales constitucionales desempeñan. En el fondo de todo esto, se entroniza una constante vigilancia de los derechos fundamentales. Asimismo, se brinda primacía no solo a los actos jurisprudenciales que las cortes constitucionales develan, sino también a los principios, los cuales sirven de complemento a la argumentación legal: la existencia de reglas políticas y criterios procedimentales legales.

VI. LOS RETOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Es indudable señalar la oportuna aparición del neoconstitucionalismo en el margen de la concepción del *Estado de derecho*. Una revitalizante propuesta que ha pretendido conciliar la razón con el ejercicio del poder social, para así aspirar a la protección de los derechos fundamentales.

No obstante, es inevitable que se deben señalar, de alguna u otra forma, los obstáculos que subsisten en el camino que se ha trazado el constitucionalismo y cómo éstos inciden en la eficacia que se ha pretendido; si bien, el neoconstitucionalismo ha irrumpido como una propuesta contra tales limitaciones, es preciso, bajo un ánimo superficial y somero, hacer mención de ellas.

21 Al partir de la visión *sobreinterpretativa* de la Constitución, la cual se puede ver como una interpretación neoconstitucional, se considera que toda interpretación es constitucional con base en las siguientes formas: a) De manera *directa*, cuando la decisión judicial se fundamenta en un principio o en cualquier precepto constitucional aplicable al caso. Es aquí donde la Constitución se actualiza; b) De manera *indirecta*, en dos hipótesis: la primera, de manera negativa, cuando en un juicio no hay mención alguna de la inconstitucionalidad de la decisión, es decir, ésta ha atravesado exitosamente los mecanismos legales y las normas constitucionales, y las bases de la decisión sobrevivieron. No es incompatible con la Constitución; y la segunda hipótesis ocurre (la interpretación es constitucional) atendiendo una perspectiva finalista (considero también preciso llamarla teleológica) en la cual toda decisión debe acatar la Constitución y guiarse por los objetivos que de ella emanan. Los fines inherentes a la Constitución deben marcar el rumbo de toda decisión. Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 1.

El margen de la globalización, el escandaloso proceso financiero, la especulación que marca profundas incidencias en la estabilidad y qué decir del concepto y la tendencia progresiva de los derechos económicos, que rompen con el *axioma social* que en ellos se había depositado y, en cierta manera, se desproveen su carácter democrático. Las trabas fácticas ubican a muchas personas en una clase de ciudadanía alterna, subdesarrollada, donde se les excluye de un correcto ejercicio de sus derechos constitucionalmente consagrados, que son los parámetros que nutre el bienestar de los ciudadanos. Los procedimientos de crisis social construyen en su circunferencia un marcado desafío a superar: el de la desigualdad social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert (2005). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.^a edición. Madrid: Trotta.
- Comanducci, Paolo (2007). *Constitución y Teoría del derecho*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, Luigi (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5.^a edición (trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Trotta.
- Guastini, Riccardo (2001). "La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano". *Estudios de Teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Pozzolo, Susanna (2005). "Un constitucionalismo ambiguo". En: Miguel Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.^a edición. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, Luis (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Ribeiro Moreira, Eduardo (2009, enero-diciembre). "Neoconstitucionalism and Theory of Interpretation". *Problema: anuario de filosofía y Teoría del derecho*, año 3, núm. 3. México.



Relación entre los poderes legislativo y ejecutivo en los distintos sistemas políticos

Carlos Gutiérrez Casas

INTRODUCCIÓN

El régimen político mexicano necesita urgentemente apoyarse en principios y procedimientos totalmente distintos a los actuales. Para nadie es desconocido que hoy en día las reglas del juego político, jurídicas y metajurídicas, están concentradas en un solo individuo y benefician solo al partido en el poder y al pequeño grupo que lo dirige. Por ello, urge pensar seriamente en una transición que comience por modificar las normas constitucionales destinadas a la organización del Estado, con el fin de democratizar la vida institucional del país y evitar que las políticas públicas se construyan con base en reglas no escritas.

Dentro de estaⁿ transición, un tema que debe tocarse indiscutiblemente es el de la forma de Gobierno del Estado mexicano; particularmente cuestionarnos si debemos conservar el régimen presidencial sin cambio alguno o debemos acotar las facultades del presidente de la República e implementar un sistema parlamentario, semiparlamentario o un presidencialismo con jefe de gabinete. El presente ensayo tiene como finalidad comparar las reglas que existen en un sistema parlamentario con las del sistema presidencial en México; asimismo, establecer las conveniencias o inconveniencias de un sistema parlamentario en México. Para esto se ha diseñado un trabajo dividido en cinco capítulos.

El primer capítulo describe brevemente la evolución del sistema parlamentario, los orígenes del Parlamento, el gabinete y el jefe de Gobierno dentro de una monarquía absoluta que prevalecía en Inglaterra en los siglos **XI** al **XIV**; después de ello, se establece el concepto de sistema parlamentario.

El segundo capítulo analiza cada una de las características del sistema parlamentario: las instituciones de jefe de Gobierno y jefe de Estado, sus facultades, la representación hacia el Parlamento, las responsabilidades ante este y la sociedad; asimismo, se estudian las características del Parlamento y sus integrantes, así como la relación de estos con el Gobierno.

Posteriormente, en el tercer capítulo se matizan las características de los distintos sistemas políticos parlamentarios: la monarquía parlamentaria de Inglaterra y España, el semipresidencialismo francés y el parlamentarismo puro alemán; y, por último, se describen algunos de los rasgos del sistema presidencial con jefe de gabinete en Argentina.

Durante el cuarto capítulo se encaminan los principios fundamentales, escritos y no escritos, del presidencialismo mexicano y la casi nula responsabilidad del presidente de la República hacia el Congreso de la Unión y la sociedad. Al mismo tiempo se hace una comparación de las características de este sistema con el parlamentario.

En el último capítulo, el de las conclusiones, se debate sobre la conveniencia de reformar el sistema político en México, en especial, la relación entre el poder legislativo y el ejecutivo, para poder establecer características de un sistema parlamentario o semiparlamentario, o bien, un presidencialismo acotado, con jefe de gabinete y control del Congreso hacia el presidente de la República.

1. EVOLUCIÓN Y CONCEPTO DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

1.1. Evolución histórica del Parlamento

En el siglo XI, Guillermo Duque de Normandía fundó en Inglaterra la Curia Regis, Gran Consejo convocado por el monarca, que funcionaba como asamblea representativa de los grandes terratenientes, barones y altos jerarcas de la Iglesia, principales fuerzas sociales de aquella época: "[...] esta asamblea representativa constituye el antecedente histórico más remoto del Parlamento inglés, pues su organización, integración y funcionamiento pudo adaptarse y transformarse radicalmente hasta convertirse en uno de los órganos más importantes del régimen político británico" (Escamilla, 1988:29).

La Curia Regis, cuya función original consistía en aprobar y conceder los medios para sufragar los gastos reales, fue ampliamente su base representativa, incluyendo, en el año de 1254, a dos representantes de los caballeros —terratenientes libres— de cada uno de los condados con la finalidad de que se pudieran negociar los gastos del rey. Posteriormente, en 1258, el Gran Consejo se negó a sufragar los gastos de la Corte y militares del rey Enrique III, con lo cual se desató la lucha entre monarcas y barones. El líder de estos últimos era Simón de Montfort. Como

consecuencia de dicha confrontación y del triunfo del Gran Consejo, la asamblea se volvió a ampliar en 1265, convocándose en esta ocasión a los representantes de las ciudades y los burgos como nuevas fuerzas sociales que venían desarrollándose con el auge de las ciudades medievales. Este año el Parlamento (Curia Regis) se consolida y abarca a todas las clases sociales reconocidas en la época: barones, prelados, caballeros y burgueses. Fue así como la fuerza de las clases sociales fue imponiendo el nacimiento del Parlamento.

A mediados del siglo XVI, el Parlamento se dividió en dos Cámaras debido a los intereses que se habían formado entre los terratenientes y las nuevas clases mercantiles urbanas; cada Cámara representaba a una clase social. Al lado de la Cámara de los Lores, integrada por los grandes barones y los delegados del alto clero, se agrupaba la Cámara de los Comunes, compuesta por los burgueses y los representantes de la pequeña y la mediana noblezas rurales.

En la época de los Tudor (1485-1603), el Parlamento obtuvo el reconocimiento formal de sus facultades como órgano soberano, pero en realidad se encontraba subordinado al poder real, puesto que solo legalizaba las decisiones de la monarquía.

Durante el siglo XVII, Jacobo I intentó fortalecer aún más la figura del rey, basado en las ideas del derecho divino de los reyes, por ello el Parlamento, con la idea de la supremacía de la ley emanada de él mismo, inició una lucha que terminó en la época de Carlos I con la *Petition of Rights* de 1628. Posteriormente, en la guerra civil de 1649, con el triunfo de los ejércitos republicanos de Oliverio Cromwell, partidarios del Parlamento, por única vez en Inglaterra se estableció la abolición de la monarquía y de la Cámara de los Lores, creándose un Estado libre, gobernando por el Parlamento.

En 1660, ante la amenaza de una revolución social producto de la fricción entre la gran burguesía y la nobleza —por un lado— y la fuerza popular —por el otro—, el Parlamento destituyó a Richard Cromwell y llamó a Carlos II. Sin embargo, la restauración no significó el regreso al antiguo régimen: tan pronto como Jacobo II —sucesor de Carlos II—, intentó restaurar el viejo absolutismo monárquico, fue expulsado por la revolución gloriosa de 1688.

A partir de ese momento, la supremacía del Parlamento sobre la Corona quedó irrevocablemente establecida. El Parlamento reunido en Westminster resuelve que Guillermo y María, príncipes de Orange, son y sean declarados, respectivamente, rey y reina de Inglaterra. Con esto la monarquía deja definitivamente de ser absoluta y se convierte en una monarquía constitucional limitada por el *common law*, por los estatutos y por las convenciones (Escamilla, 1988:32).

A mediados del siglo XVI,
el Parlamento se dividió
en dos Cámaras debido
a los intereses que se
habían formado entre
los terratenientes y las
nuevas clases mercantiles
urbanas; cada
Cámara representaba
a una clase social.

La Declaración de 1689. Evolución histórica del gabinete

Derechos de 1689 concedió la facultad al monarca de seguir conservando el nombramiento de su gabinete, sin embargo, la intervención del Parlamento era necesaria para cualquier medida administrativa de descendencia.

Otro de los órganos que integraban la Curia Regis era el Pequeño Consejo, constituido por un número reducido de miembros provenientes de las nuevas clases y leales a la Corona. Este funcionaba durante los períodos en que no se reunían en Gran Consejo; pronto acrecentó sus funciones y con ello se convirtió en el principal instrumento gubernativo del monarca. Posteriormente, al Pequeño Consejo se le llamó Consejo Privado: las labores de Gobierno del rey se fueron llevando a cabo de manera privada. Carlos I gobernó todo su período sin convocar al Parlamento, solo se valió del Consejo Privado; lo mismo hizo Carlos II, quien prefirió tomar Consejo en la interioridad de su Cámara, es decir, en lo que posteriormente se denominaría Gabinete.

La Declaración de Derechos de 1689 concedió la facultad al monarca de seguir conservando el nombramiento de su gabinete, sin embargo, la intervención del Parlamento era necesaria para cualquier medida administrativa de descendencia.

A partir del período de Jorge I (1714-1727) se inició la emancipación del gabinete. Dicho rey solo se ocupaba de los asuntos alemanes y no de los de Inglaterra, por lo que decidió confirmar el Gobierno a su ministro (encabezado por Roberto Walpole) siempre y cuando Gran Bretaña lo apoyara. Con Jorge II sucedió el mismo fenómeno, lo que trajo como consecuencia la creación de la figura de primer ministro al no presidir el monarca las reuniones de su gabinete y conferir esa función a un ministro sobresaliente.

A partir de entonces se inició el principio del control de la Cámara Baja —de los comunes— sobre el primer ministro y su gabinete. Walpole sostuvo que era voto de la Cámara Baja, no de la Alta, el que sostenía o derribaba gabinetes. Sin embargo, no fue sino hasta 1782 que se delineó el principio de control político de la Cámara de los Comunes, cuando al momento de su renuncia, North expresó que su retiro se debía a la pérdida de confianza en la Cámara Baja.

Con la renuncia de Walpole, primer ministro en los períodos de Jorge I y Jorge II, se debilitó la facultad del rey de nombrar a su gabinete, al requerir este la confianza de la Cámara Baja. Por ello, Jorge II intentó rehacer los poderes monárquicos, logrando imponer a North como primer ministro, pero la renuncia de este obligó al rey a aceptar el establecimiento de un gabinete que gozara de la confianza de la Cámara de los Comunes.

Después, fue Guillermo Pitt el primer jefe de partido que se presentó como un primer ministro moderno y durante su período estableció varias reformas para excluir la influencia monárquica del Parlamento. A partir de ese momento se estableció el principio de responsabilidad colectiva del gabinete frente al rey, con el objeto de fortalecer la solidaridad del gabinete. Como consecuencia de esto:

Todo el ministerio dimitiría sí el monarca dijera el cese a un ministro sin anuencia del Primer Ministro. Como *ex hypothesi* el Gobierno tenía mayoría en la Cámara Baja, tal dimisión habría producido el efecto de obligar al Rey a disolver el Parlamento (en cuyo caso el Gobierno dimitido se opondría activamente en la lucha electoral contra el candidato ministerial de Rey) o a volver a llamar al mismo Gobierno accediendo a las condiciones de este. Después de la ley de reforma la responsabilidad colectiva significó responsabilidad colectiva ante la Cámara Baja (Jennings, 1962:166-167)

El gobierno de gabinete parlamentario fue desarrollado en la época de Guillermo IV con la reforma electoral de 1832. Los gabinetes dependieron finalmente de la Cámara Baja ante la cual erran responsables; el principio de responsabilidad colectiva del gabinete se transfirió frente a la Cámara de los Comunes. Con esta reforma, el parlamentarismo británico tendió hacia la superioridad de la Cámara Baja sobre el gabinete, sin embargo, dicha supremacía solo fue temporal.

Tiempo después, con las reformas electorales de 1884 y posteriormente con las de 1918 y 1928, el gabinete inicia su supremacía sobre la Cámara Baja por la integración partidista, fundada sobre todo en la fuerza electoral de una amplia base popular. Además, la fuerza del gabinete aumentó conforme aumentaron las dificultades técnicas de la administración, sus miembros se apoyaron más en la opinión pública, el primer ministro concentró facultades que anteriormente era concedidas al rey; y, también, conforme el sistema de partidos fue adquiriendo consolidación al tiempo que favorecía la autoridad del líder del partido mayoritario al convertirse en jefe del Gobierno. Con ello, la responsabilidad colectiva se transfirió a la opinión pública a través de la confianza o desconfianza que el pueblo manifestaba al partido en el poder por medio de las elecciones parlamentarias.

1.3. Concepto de sistema parlamentario

Henri Manzanares (1970:51), de acuerdo a la evolución histórica del sistema parlamentario, conceptuó a este como "aquel en el cual un Gabinete Ministerial, responsable ante la representación nacional, dirige la política del país con el grado de independencia que implica tal misión".

El sistema parlamentario es una modalidad de la división de poderes y se caracteriza por la colaboración estrecha entre el Gobierno y el Parlamento. Esta colaboración se da a través de una serie de mecanismos parlamentarios distintos en cada uno de los Estados que implementan este sistema; nace con la investidura inicial que el órgano legislativo le otorga al Gobierno, se desarrolla por medio del control parlamentario y

*El sistema
parlamentario
una modalidad de la
división de poderes y
se caracteriza por la
colaboración estrecha
entre el Gobierno
y el Parlamento.*

...el Gobierno proviene desaparece por la finalización del mandato parlamentario, la disolución anticipada de las Cámaras, el rechazo de una cuestión de confianza o la *del mismo Parlamento* aprobación de una moción de censura (Montero y García 1984:17).

ysu legalidad reside en
la confianza que este
último le otorgue. Es
el Parlamento quien
confiere existencia
al Gobierno...

El sistema parlamentario tiene como finalidad limitar las facultades del ejecutivo mediante el control parlamentario y hacerlo responsable de sus actuaciones políticas, ya sea ante el mismo Parlamento o ante la opinión pública. El Parlamento es el mediador entre pueblo y Gobierno; actúa con la obligación de garantizar, política y constitucionalmente, la obediencia del Gobierno a la voluntad popular. Esto se combina con las elecciones legislativas periódicas que permiten al cuerpo electoral expresar directamente su voluntad de sanción o respaldo al Gobierno.

2. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

El sistema parlamentario contiene una variedad de características. Solo citaremos las más importantes, que sirvan de comparación con el presidencialismo mexicano (Cárdenas, 1994:172-173).

- El único órgano con representación legítima, proveniente de elecciones periódicas y libres, lo constituye el Parlamento.
- El poder ejecutivo deriva del mismo Parlamento, por lo que entre este y el Gobierno solo existe una división de funciones, pero no de poderes.
- El Parlamento ejerce un control político sobre el Gobierno, y como consecuencia de ello, el Gobierno es responsable ante el Parlamento y la opinión pública.
- El Parlamento puede destituir en cualquier momento al Gobierno, y este puede disolver al Parlamento y convocar a elecciones.
- En el sistema parlamentario, la jefatura de Estado se encuentra depositada en un individuo, y la jefatura de Gobierno en otro.
- El Gobierno es electo por el partido mayoritario o una coalición de partidos.
- Por último, en el sistema parlamentario el régimen de partidos se encuentra fortalecido, y por lo regular existe una alternancia y verdaderas representativas en el poder.

2.1 El jefe de Estado y el Gobierno

Dentro del sistema parlamentario, el Gobierno proviene del mismo Parlamento y su legalidad reside en la confianza que este último le otorgue. Es el Parlamento quien confiere existencia al Gobierno y cesa su mandato cuando esa confianza se le retira; su actuación es supervisada en todo momento.

De esta manera, se podría decir que no existe división de poderes dentro del sistema parlamentario, ya que la actuación del Gobierno se

encuentra controlada por el máximo órgano del mismo (el Parlamento); solo podemos hallar división de funciones: legislativas y ejecutivas.

En el poder ejecutivo encontramos un jefe de Estado y un Gobierno compuesto por un jefe de Gobierno (primer ministro) y su gabinete. La jefatura de Estado es ejercida por un monarca o por un presidente. Cuando es presidida por un monarca, la jefatura de Estado se considera hereditaria; en cambio, cuando se deposita en un presidente, se dice que el jefe de Estado es electo de forma indirecta y periódica, generalmente con la intervención del Parlamento.

En el parlamentarismo, los jefes de Estado tienen facultades muy limitadas y simbólicas: entre otras cosas, se encargan de la representación exterior y la promulgación de las leyes.

El primer ministro es electo por la mayoría del Parlamento, es decir, por el partido mayoritario o una coalición de partidos. Con esto, el líder del partido mayoritario siempre es el primer ministro del Gobierno. Posteriormente, el gabinete es electo por el mismo jefe de Gobierno o por el mismo Parlamento, de entre los demás líderes del partido que ganó las elecciones o una coalición de partidos afines.

En virtud de lo anterior, al primer ministro y a los miembros del gabinete se les considera parlamentarios por sus orígenes y gubernamentales por sus funciones. Asimismo, el jefe de Gobierno y su gabinete no pueden gobernar sin la confianza del Parlamento.

2.2 El control parlamentario

De la confianza que el Parlamento otorga al Gobierno, aquel tiene el derecho de supervisar la actividad desarrollada por el primer ministro y su gabinete. La finalidad principal de control del Parlamento sobre las actividades del Gobierno, según los estudios de este sistema, es el evitar que las decisiones del ejecutivo atenten contra la voluntad del pueblo, cuya vigilancia está encomendada a sus representantes en el Parlamento, titular jurídico de la soberanía que políticamente corresponde al pueblo.

El control parlamentario, por virtud de sus características, contiene varios supuestos:

- La soberanía depositada en el pueblo.
- El ejercicio de la soberanía del pueblo a través de sus representantes, designados en elecciones periódicas y libres.
- La existencia de un órgano representativo de la voluntad nacional (Parlamento), dada la imposibilidad de la democracia directa.
- La creación de un órgano (Gobierno) surgido del mismo Parlamento, en virtud de que el principio de la división de funciones le impide a este realizar la tarea ejecutiva.

Al control parlamentario se le ve como una subespecie de control jurídico, o como un tipo específico del control constitucional. Como

*El control
parlamentario es
visto como una
especie de los controles
constitucionales,
entendidos estos
como los producidos
entre órganos que la
norma constitucional
establece en un mismo
nivel de separación
funcional...*

se sabe, el control jurídico es la comparación hecha por un órgano contralor de las actuaciones del órgano controlado frente a las facultades permitidas a este.

El control parlamentario es visto como una especie de los controles constitucionales, entendidos estos como los producidos entre órganos que la norma constitucional establece en un mismo nivel de separación funcional; es:

[...] la actividad parlamentaria encaminada, a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación de la actividad del poder Ejecutivo y a la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptibles de producir consecuencias diversas, y entre ellas la de la exigencia de responsabilidad política del Gobierno (Montero y García, 1984:35-36).

Para determinar la eficacia del control parlamentario, debe tomarse en cuenta la función que el control tiene hoy en día; para ello, debemos poner énfasis en la escisión real del Parlamento -debido a la aparición de los partidos de masas— en dos fracciones: mayoría y minoría parlamentaria, cuyas respectivas funciones y actuaciones tendremos que analizar separadamente.

- a) Respecto a la mayoría parlamentaria, el Gobierno tiene una gran capacidad de dirección sobre esta, quien a la vez lo sustenta; se abstiene de perjudicar al Gobierno y trata de evitar que las iniciativas de la oposición creen dificultades al ejecutivo; no impide el control, solo evita que llegue a sus últimas consecuencias; cumple también la función de control; el control parlamentario de la mayoría busca que el Gobierno cumpla con las ofertas hechas al cuerpo electoral; no le gusta que las críticas hechas al Gobierno trasciendan públicamente, por lo que trata de darle cauces extraparlamentarios.
- b) La eficacia del control ejercido por la minoría descansa sobre su independencia respecto al Gobierno y sobre la repercusión pública que el control pueda alcanzar por la politización de la sociedad gracias a los medios de comunicación, los cuales deben ser libres en el ejercicio de su función para que el control pueda trascender a la esfera pública. La minoría tratará de demostrar, a través de los medios de control, que la actividad del Gobierno no cumple con las expectativas del electorado. Todos estos factores combinados llegan a configurar la responsabilidad política difusa, de la cual hablaremos más adelante.

El control parlamentario es ejercido a través de los medios de control; la función de esto se agota al proporcionar al sujeto controlante los fundamentos y elementos de juicio para formarse una opinión sobre la actuación del ejecutivo.

Regularmente, en los sistemas parlamentarios encontramos tres clases de medios de control: las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación.

Enseguida, pasamos a reseñar estas tres formas de los medios de control:

- a) Las preguntas pueden ser de tres tipos: con respuesta oral ante el pleno, con respuesta oral ante comisión y con respuesta por escrito. Pueden ser presentadas por cualquier parlamentarista y están sometidas a un juicio de admisibilidad en cuanto a si cumple con las condiciones formales; en cuanto a su contenido, las preguntas pueden ser rechazadas cuando versan sobre materias ajenas a la actuación del ejecutivo. Estas deben ser contestadas dentro de los plazos establecidos en las normas, sin embargo, no existen sanción jurídica alguna por no contestar, únicamente existen la sanción política al producir un efecto perjudicial para el prestigio del interrogado.
- b) El objeto de las interpelaciones es la política del ejecutivo en cuestiones de interés general. Tienen mayor amplitud y generalidad, y existe la posibilidad de dar lugar a una moción —de la cual hablaremos después ampliamente— en la que la Cámara exprese su posición. Las interpelaciones son presentadas individual o colectivamente por los parlamentaristas y deben dirigirse al gabinete en su conjunto o a uno o varios de sus miembros.
- c) Las comisiones de investigación son de carácter colectivo y colegiado del órgano controlante supeditado a la voluntad de la mayoría de la Cámara. Se necesita un determinado número de parlamentaristas para proponerla, o puede provenir del Gobierno mismo. En muchas ocasiones son secretas, por lo cual pierden parte de su eficacia (en tanto publicidad).

Además del control que se ejerce sobre la actuación política del Gobierno, el Parlamento tiene la obligación de controlar los decretos-ley emitidos por el ejecutivo y la legislación delegada. Para ello, existen dos formas, a saber:

Las constituciones modernas otorgan al ejecutivo la facultad de editar normas con fuerza de ley en determinadas circunstancias (facultades extraordinarias). Dichas normas con fuerza de ley deberán ser provisionales y deben ser convalidadas en el plazo de trámite, a partir de la promulgación del decreto-ley que haga el Parlamento.

Regularmente, en los sistemas parlamentarios encontramos tres clases de medios de control: las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación.

La garantía que se le encomienda al Congreso consta de dos fases: una de control, donde se comprueba si se ha dado el supuesto (la extraordinaria y la urgente necesidad) y una fase de decisión, en la que el Parlamento convalida o deroga el decreto-ley en cuestión. El control sobre los decretos-ley es un control sobre los actos, pero lo controlado no es el Gobierno, sino el producto de la actuación gubernamental: el decreto-ley. Este es un control con efectos sustitutivos, es decir, se trata de que la voluntad del Parlamento sustituya a la del Gobierno a través de la convalidación o la derogación. Cuando el decreto-ley es convalidado, su naturaleza jurídica no cambia, sigue siendo un decreto con fuerza de la ley en virtud de que el procedimiento de convalidación es diverso al proceso de creación de leyes; sin embargo, finaliza la provisionalidad del decreto-ley y lo hace permanente. Además, la intervención del Parlamento puede tener efecto en otra vertiente, puesto que el Congreso puede acordar que el decreto-ley convalidado sea tramitado como proyecto de ley, con la finalidad de que en un momento posterior pueda ser modificado en su contenido. Por el contrario, si el Parlamento decide derogar el decreto-ley, dicha derogación tiene efectos retroactivos, dado que en esa potestad normativa excepcional la voluntad gubernamental está subordinada a la parlamentaria, invalidadas las consecuencias generadas por el decreto-ley.

- b) La legislación que el Parlamento delega al ejecutivo se hace en virtud de la complejidad para normar una materia bastante técnica. Ya que es necesario unificar una pluralidad de fuentes normativas dispersas -e incluso contradictorias- en un mismo cuerpo legal, se considera que la administración está en la mejor posición de resolver los problemas técnicos; sin embargo, se le imponen directrices a seguir y límites materiales y temporales para su actuación.

El Parlamento puede someter la norma resultante de la delegación a los controles que desee, pero para que tenga consecuencia relevante, el control debe realizarse antes de la entrada en vigor de la norma producto de la delegación. Una vez elaborada la norma delegada, se debe dirigir al Parlamento, y posteriormente se abrirá un plazo pertinente para que los parlamentarios formulen objeciones a la utilización gubernamental de la delegación, en cuyo caso se dirigirá en escrito a la comisión competente para que emita un dictamen y sea debatido en el Parlamento. Cuando el control tiene un resultado positivo, posibilita la integración de la norma en el ordenamiento; en cambio, los efectos del control con resultados negativo, evitan la entrega en vigor de la norma.

Cabe aclarar que el Parlamento por sí solo no puede introducir modificaciones al texto, pues supondría la introducción de un procedimiento legislativo atípico. Sin embargo, sí podrá devolverlo al ejecutivo con las modificaciones precisas para que su futura redacción concuerde con la voluntad del Parlamento, siempre y cuando el proceso se realice dentro del plazo concedido para hacer uso de la delegación.

2.3. Responsabilidad política del Gobierno

En virtud del control que el Parlamento ejerce sobre el Gobierno, se pueden derivar facultades sancionadoras hacia uno o varios de los miembros del gabinete; es decir, en caso de que algún titular del ejecutivo actúe en contra de la voluntad popular, se le puede hacer responsable políticamente: entiéndase como la obligación de responder por, y de soportar las consecuencias de sus actos ante los ciudadanos o sus representantes, de quienes en última instancia depende.

En cuanto a responsabilidad política, podemos encontrar dos clases: la responsabilidad política difusa y la responsabilidad política institucional:

- a) La responsabilidad política difusa adopta mecanismos de funcionamiento tan amplios como indeterminados; entre ellos destacan la dirección política de los medios de comunicación, la influencia de los grupos sociales en los procesos de selección de sus gobernantes y la expresión de los ciudadanos en las elecciones. Esta clase de responsabilidad es propia de todo sistema pluralista y democrático que incluya entre sus rasgos definitorios los de la protección de la libertad de expresión y la designación de sus go-

bernantes mediante elecciones libres, periódicas y competitivas. En la responsabilidad política difusa podemos encontrar una doble conciencia: la de los ciudadanos, que puede responsabilizar a los titulares de los cargos públicos a través del ejercicio de la crítica política y de la posible modificación de sus posiciones políticas; y la de los gobernantes, que se sienten responsables en relación con los ciudadanos, en cuanto que estos pueden imputarles legítimamente acciones y pueden determinar indirectamente el cese en sus cargos.

En este tipo de responsabilidad, los sujetos activos son todos aquellos que puedan incidir en la determinación del equilibrio político, que puede ser desfavorable para quienes tratan de conseguir el poder político, los cuales constituyen a su vez los sujetos pasivos.

No existe un procedimiento establecido para llegar a incidir en la determinación de ese equilibrio político, ni tampoco encontramos un catálogo de requisitos necesarios; estos dependerán de la oportunidad política y, eventualmente, de las limitaciones jurídicas implícitas en los instrumentos o mecanismos que se utilicen.

En virtud del control que el Parlamento ejerce sobre el Gobierno, se pueden derivar facultades sancionadoras hacia uno o varios de los miembros del gabinete...

La responsabilidad política puede ser solidaria o individual; es decir, puede afectar al conjunto del Gobierno o a uno de sus miembros. Esta responsabilidad se presenta regularmente ante la Cámara Baja.

Por la misma razón, tampoco resulta posible predecir los efectos o conocer de antemano las consecuencias que se deriven de la acción de los sujetos.

- a) La responsabilidad política institucional implica estabilidad y periodicidad en las relaciones entre Parlamento y Gobierno, una regulación formalizada de sus requisitos y procedimientos que gana precisión y certeza. Esto permite al Parlamento juzgar los actos políticos del Gobierno y provocar, si estima conveniente, su remoción. Esta responsabilidad es también una cualidad esencial del Gobierno, ya que en virtud de ella debe asumir las consecuencias negativas que se deriven del enjuiciamiento político realizado por el Parlamento.

La palabra político determina la naturaleza y el fundamento del instituto de la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, diferenciándolo claramente de los propios de la responsabilidad jurídica

Es institucional porque se manifiesta en una relación de forma permanente, continua entre sujetos predeterminados y en gran medida objetivados y reconocibles. Los debates sobre la responsabilidad política del Gobierno son ante todo valoraciones sobre la pertinencia de los objetivos que se ha fijado, y sobre la procedencia de los medios puestos en práctica para lograr valoraciones que suelen efectuarse por procedimientos convencional o jurídicamente regulados.

Legitimadas por su poder político, autónomo y formalmente ajustadas a derecho, las decisiones y actuaciones gubernamentales no pueden considerarse con criterios de legalidad, puesto que no se ha vulnerado norma jurídica alguna, sino que han de juzgarse por el órgano representante de la soberanía popular, sobre la base de su oportunidad y acierto.

Existe la tendencia a caracterizar un régimen como parlamentario cuando introduce en su ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad política institucional. La doctrina constitucional ha establecido una unidad esencial entre responsabilidad política y régimen parlamentario, acompañada casi siempre por el derecho de disolución de las Cámaras, con el que pretende lograrse un equilibrio en las relaciones entre Gobierno y Parlamento.

La responsabilidad política puede ser solidaria o individual; es decir, puede afectar al conjunto del Gobierno o a uno de sus miembros. Esta responsabilidad se presenta regularmente ante la Cámara Baja.

Pese a los cambios sufridos en los regímenes parlamentarios, esa unidad se ha mantenido constante. Se exige la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de una moción de censura; mediante esta se formaliza la ruptura de la relación fiduciaria entre Parlamento y Gobierno, obligando a este último -o a uno de sus miembros- a cesar en el ejercicio de sus cargos. Su origen se localiza en el parlamentarismo británico, que ya a mediados del siglo XVIII comenzó a sustituir la responsabilidad penal de los ministros por la responsabilidad política.

Para evitar la presentación abusiva de la moción de censura, su tramitación por sorpresa en un orden del día indiscriminado y su posible aprobación sin mayores garantías para un Gobierno que no hace sino asistir como espectador, las constituciones de los principales países europeos establecieron un procedimiento propio para la adopción de dicha moción.

La pauta surgida consiste en la constitucionalización de un conjunto de requisitos: la presentación colectiva de la moción de censura por un cierto número de parlamentaristas, que serán penalizados en cierta medida si no resultara adoptada; su aprobación por el voto favorable de mayoría calificada; un debate reglamentario previsto; en algunos casos se prevé un candidato que sustituya al jefe de Gobierno que ha sido censurado y destituido.

Con la implementación de estos requisitos se busca evitar los abusos en la presentación de la moción de censura, aunque tampoco deben ser muy estrictos, para evitar la inoperancia de la responsabilidad política institucional del Gobierno.

La aprobación de una moción de censura puede producir dos efectos principales: por un lado, el Gobierno debe presentar su dimisión al jefe de Estado, y hacerlo además en forma inmediata; por otro lado, se procederá al nombramiento de un nuevo Gobierno. En cambio, cuando la moción de censura es rechazada, puede traer como consecuencias que el primer ministro recupere la facultad de disolución de las Cámaras, interrumpida por el proceso de moción de censura. Por otro lado, puede sancionarse con no presentar otra moción, durante un determinado tiempo, a los firmantes de la presentación de la misma.

Sin embargo, para lograr un equilibrio en las relaciones entre Gobierno y Parlamento, se ha creado la figura de la disolución del Parlamento. Esta disolución se da cuando el primer ministro solicita la confianza del Parlamento y este no la otorga; entonces, el jefe de Gobierno puede solicitar al jefe de Estado que disuelva el Parlamento y convoque a nuevas elecciones.

En Alemania, el pueblo ejercita la soberanía directamente en elecciones y votaciones, Para evitar el abuso de la petición de disolución, en algunos países se ha diseñado una serie de requisitos para que pueda proceder: 1) después de solicitada una disolución, no podrá requerirse nuevamente hasta después de haber transcurrido un tiempo determinado; 2) cuando esté en discusión una moción de censura, el derecho de disolución quedará suspendido; 3) cuando se haya dado una situación de emergencia y se otorguen facultades extraordinarias al Gobierno, este no podrá solicitar la disolución de las Cámaras y; 4) el jefe de Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Parlamento.

e indirectamente a través de órganos **3. SISTEMA PARLAMENTARIO, SEMIPARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO**
CONJEFE DE GABINETE

legislativos, ejecutivos y judiciales especiales. Como se mencionó anteriormente, el sistema parlamentario puede variar dependiendo de las características que cada país haya adoptado. Es por ello que en este capítulo analizaremos brevemente el parlamentarismo racional *implementado* en Alemania, considerado por los estudiosos del tema como el más avanzado, como el sistema parlamentario más puro. También hablaremos del caso de España, que ostenta un parlamentarismo monárquico; asimismo, se hará reseña de un sistema intermedio entre el presidencialismo y el parlamentarismo: el *semipresidencialismo* francés; y por último, el sistema presidencial con jefe de gabinete en Argentina.

3.1 Alemania

En Alemania, el pueblo ejercita la soberanía directamente en elecciones y votaciones, e indirectamente a través de órganos legislativos, ejecutivos y judiciales especiales. Los órganos constitucionales con tareas *fundamentalmente* legislativas son el Bundestag (Cámara Baja) y el Bundesrat (Cámara Alta). Las funciones ejecutivas son ejercidas por el Gobierno federal, al frente del cual se encuentran el canciller federal y el presidente federal.

Al parlamentarismo alemán se le considera puro porque el presidente federal (jefe de Estado) es elegido por la asamblea federal, órgano constitucional que se reúne exclusivamente a este efecto; se compone de diputados del Bundestag y un número igual de delegados elegidos por los parlamentos de los Estados federales (*Länder*); es elegido por la mayoría absoluta de la asamblea federal para un período de cinco años, con derecho a una reelección.

El presidente federal representa a la República en el plano del derecho internacional y le compete toda la política exterior; en el ámbito legislativo, sanciona y promulga las leyes, propone ante el Bundestag al candidato a canciller federal y nombra y separa a los ministros federales a propuesta del canciller.

El Bundestag representa al pueblo alemán; es elegido por el pueblo por un período de cuatro años. Sólo se admite excepcionalmente la disolución anticipada de la Cámara (lo que corresponde al presidente federal), y esta es una de las características por las que se le considera parlamentarismo racional.

Las principales funciones del Bundestag son la elaboración de las leyes, la elección del canciller federal y el control del Gobierno. El Bundesrat (Consejo federal) es la Cámara de representación de los 16 estados federados, a través de la cual se institucionaliza la participación de los mismos en la legislación y administración de la federación. A diferencia del sistema senatorial de México, el Bundesrat no está constituido por representantes elegidos por el pueblo, sino se compone de miembros de los gobiernos de los *länder* o comisionados de los mismos.

Más de la mitad de las leyes requieren la aprobación del Bundesrat, es decir, no pueden entrar en vigor sino con el consentimiento del Bundesrat. Las leyes requieren su aprobación de este órgano, que siempre es obligatoria, en los casos de reforma de la Constitución, con la votación de las dos terceras partes de sus miembros.

El Gobierno federal se compone de canciller federal y los ministros federales. El canciller federal dirige las reuniones del gabinete; solo él está facultado para formar el Gobierno: elige a los ministros y los propone de modo vinculante al presidente federal; es a quien compete nombrarlos y separarlos de sus cargos. El canciller federal fija las directrices de la política de Gobierno, dentro de las cuales cada ministro federal dirige independientemente y bajo su responsabilidad personal los asuntos de su cartera.

El canciller federal es el único miembro del Gobierno elegido por el Parlamento, y solo responde y da cuenta de su gestión ante este. El Parlamento puede exigir la responsabilidad política mediante la moción de censura constructiva (otra de las características del parlamentarismo racional), que debe dirigirse contra el canciller.

Para evitar que el Parlamento pueda derribar a un Gobierno por no formar o respaldar al que le siga en caso de que los partidos de oposición no puedan ponerse de acuerdo acerca de un programa alternativo, el mecanismo de la moción de censura constructiva implica que el Bundestag pueda expresar su desconfianza al canciller federal solo mediante la elección de un sucesor realizada por la mayoría de sus miembros.

3.2. España

La soberanía española reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria. El cargo de rey, jefe de Estado, es hereditario y asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales; sanciona y promulga las leyes; propone al candidato a presidente de Gobierno; nombra y separa a los miembros del Gobierno a propuesta

La soberanía española reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado. La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria.

de su presidente y, entre otras facultades, puede disolver las Cortes Generales (Parlamento) y convocar a elecciones.

Los actos del rey serán refrendados por el presidente del Gobierno, y en su caso, por los ministros competentes. De los actos del rey serán responsables las personas que los refrenden. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los diputados y el Senado; ejercen la potestad legislativa del Estado y controlan la acción del Gobierno.

El Congreso de los diputados lo integran entre 300 y 400 miembros electos libremente para un período de cuatro años. Sin embargo, su mandato puede terminar el día en que se disuelva la Cámara. El senado es la Cámara de representación territorial: cada provincia tendrá cuatro representantes electos popularmente para un período de cuatro años; este período puede ser interrumpido por disolución de las Cámaras.

El Gobierno se compone del presidente, los vicepresidentes y los ministros de Gobierno. El presidente es elegido por el Congreso de los diputados a propuesta de ley. Si transcurridos dos meses ninguno de los candidatos propuestos por el rey obtiene la confianza del Congreso, el rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del presidente del Congreso.

Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el rey, a propuesta de su presidente. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de la pérdida de confianza parlamentaria, o por dimisión o fallecimiento de su presidente. El Gobierno es responsable solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los diputados.

El presidente del Gobierno puede plantear ante el Congreso de los diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. Si el Congreso niega la confianza al Gobierno, este presentará su dimisión al rey.

El Congreso de los diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante una moción de censura propuesta por la décima parte de los diputados, y habrá de incluir un candidato a la presidencia del Gobierno. Asimismo, el jefe de Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso. Esta situación no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura y no podrá proceder otra resolución si no ha transcurrido un año de la anterior.

Al sistema parlamentario español se le considera racional porque pone límites a la moción de censura y a la disolución de la Cámara, con el objetivo de evitar abusos en ambas.

A propuesta del primer ministro, el presidente de la República nombra a los demás miembros del Gobierno y pone fin a sus funciones; preside el Consejo de Ministros; promulga y puede hacer consideraciones de las leyes. A propuesta del Gobierno o a propuesta de las dos Asambleas, puede someter a referéndum cualquier proyecto de ley que se refiera a la organización de los poderes públicos; puede pronunciar la disolución de la Asamblea Nacional; es el máximo representante ante el exterior; es el jefe de los ejércitos; tiene facultades extraordinarias en caso de emergencia. Asimismo, los actos del presidente de la República serán refrendados por el primer ministro y, en su caso, por los ministros responsables.

3.3 *El semipresidencialismo francés*

La soberanía francesa pertenece al pueblo que la ejerce a través de sus representantes y por vía de referéndum. Francia es una República indivisible, laica democrática y social.

El presidente de la República (jefe de Estado), es elegido por siete años, mediante sufragio universal y directo, y es el encargado de nombrar al primer ministro. A propuesta del primer ministro, el presidente de la República nombra a los demás miembros del Gobierno y pone fin a sus funciones; preside el Consejo de Ministros; promulga y puede hacer consideraciones de las leyes. A propuesta del Gobierno o a propuesta de las dos Asambleas, puede someter a referéndum cualquier proyecto de ley que se refiera a la organización de los poderes públicos; puede pronunciar la disolución de la Asamblea Nacional; es el máximo representante ante el exterior; es el jefe de los ejércitos; tiene facultades extraordinarias en caso de emergencia. Asimismo, los actos del presidente de la República serán refrendados por el primer ministro y, en su caso, por los ministros responsables.

El Gobierno se compone del primer ministro y los ministros que sean nombrados por el presidente de la República a propuesta del jefe de Gobierno. El primer ministro dirige la acción de Gobierno; cuida la ejecución de las leyes; suple al presidente de la República -en casos excepcionales- ante el Consejo de Ministros; sus decisiones serán refrendadas en caso necesario por los ministros encargados de su ejecución.

El Gobierno es responsable ante el Parlamento. El primer ministro podrá solicitar una cuestión de confianza de la Asamblea Nacional sobre su programa, o sobre una declaración de política general; la asam-

En Argentina, con posterioridad a la dictadura militar se creó la nueva Constitución de la Nación Argentina, en el año de 1994; en ella se estableció una figura novedosa que contrasta con el presidencialismo tradicional, el jefe de gabinete. Como característica especial, esta nueva autoridad, quien depende del presidente de la República, tiene responsabilidad política ante el Congreso de la nación.

blea nacional planteará la responsabilidad del Gobierno mediante la votación de una moción de censura propuesta por la décima parte de sus miembros. Cuando la asamblea nacional adopte una moción de censura, o cuando desaprobe el programa o una declaración de política general del Gobierno, el primer ministro deberá presentar la dimisión del Gobierno al presidente de la República.

Con todos estos datos, podemos determinar que la forma política del Estado francés es una forma intermedia entre el parlamentarismo y el presidencialismo: semipresidencialismo. Es presidencialista en el sentido de que el jefe de Estado es electo directamente por el pueblo periódicamente y además se le otorga una variedad de facultades propias del sistema presidencial; se le considera parlamentario en el sentido de que los miembros del Gobierno son responsables políticamente ante la Asamblea Nacional.

El Parlamento lo componen la Asamblea Nacional y el senado. Los diputados a la Asamblea Nacional serán elegidos por sufragio directo, mientras que el senado será elegido por sufragio indirecto. La principal función del Parlamento es la legislativa y el control del Gobierno.

3.4 El sistema presidencial con jefe de gabinete en Argentina

En Argentina, con posterioridad a la dictadura militar se creó la nueva Constitución de la Nación Argentina, en el año de 1994; en ella se estableció una figura novedosa que contrasta con el presidencialismo tradicional, el jefe de gabinete. Como característica especial, esta nueva autoridad, quien depende del presidente de la República, tiene responsabilidad política ante el Congreso de la nación.

El jefe de gabinete es nombrado por el presidente de la República Argentina; sin embargo, al tener responsabilidad ante el Congreso, este le puede promover una moción de censura y removerlo de su cargo. El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del Gobierno.

Entre las atribuciones más destacadas que tiene el jefe de gabinete de ministros se encuentran las siguientes: tiene a su cargo la administración general del país; efectúa los nombramientos de los empleados de la administración pública, excepto los que le corresponden en forma exclusiva al presidente de la nación; ejerce las funciones que le delegue el presidente.

Si bien, el control del Congreso no se ejerce directamente sobre el ejecutivo, este recae sobre el jefe de gabinete de ministros, quien es el funcionario con mayor importancia en el país argentino, después del presidente de la nación. En ello hay que destacar que en los estados latinoamericanos existe una tradición de régimen presidencial, por lo cual es difícil comprender los regímenes parlamentarios; sin embargo, la figura de jefe de gabinete de ministros representa un avance para que el Congreso pueda ejercer un control político sobre la administración

pública y, con esto, las políticas de Gobierno estarían supervisadas por el órgano con mayor representación del pueblo: el Congreso.

4. EL PRESIDENCIALISMO MEXICANO

Desde la primera Constitución del México independiente hasta nuestros días, las diversas leyes fundamentales que han regido en México han ratificado en el país la existencia del sistema presidencial. La fuentes de dicho sistema, configurado desde 1824, son dos: la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución española de 1812.

Si se examinan las tres constituciones federales de México —1824, 1857 y 1917— se constatará que el sistema presidencial subsiste hasta nuestros días, dado que entre los sistemas de Gobierno asentados en las constituciones mexicanas existen múltiples coincidencias (Carpizo, 1994:335).

Son variadas las características de nuestro sistema presidencial; sin embargo, en virtud del tema que se está tratando las clasificaremos, al igual que en el sistema parlamentario, en tres grupos: 1) organización y facultades del poder ejecutivo; 2) las facultades de control del legislativo sobre el ejecutivo; y 3) la responsabilidad del presidente de la República.

4.1 Organización y facultades del poder ejecutivo

El ejercicio del poder ejecutivo, según el artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deposita en un solo individuo, es decir, las tareas del ejecutivo no se encuentran divididas entre un jefe de Gobierno y un jefe de Estado. En nuestro sistema presidencial, las funciones del poder ejecutivo corresponden a un ejecutivo unipersonal.

El presidente de la República es electo directamente por el pueblo cada seis años, no permitiéndose la reelección directa ni la indirecta. Otro aspecto importante del sistema presidencial mexicano es que él presidente de la República designa y remueve libremente a los secretarios de Estado, los cuales no forman parte del poder ejecutivo, sino solo son sus colaboradores.

El ejecutivo tiene la facultad de nombrar a los ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales y al procurador general de la República mediante la aprobación de la totalidad de las fuerzas armadas para la seguridad interior y defensa exterior de la nación; celebra tratados con las potencias extranjeras con la ratificación del senado; dirige las negociaciones diplomáticas; celebra los empréstitos sobre el crédito de la nación; presenta en forma exclusiva proyectos de ley de ingresos y es la suprema autoridad agraria, entre otras facultades.

En cuanto al proceso legislativo, el presidente de la República tiene diversas facultades, como la iniciativa de la ley, la facultad de voto (total, parcial y el de bolsillo), y la promulgación y publicación de la ley.

hi ejercicio del poder ejecutivo, según el artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deposita en un solo individuo, es decir, las tareas del ejecutivo no se encuentran divididas entre un jefe de Gobierno y un jefe de Estado.

De acuerdo con el artículo 71 de nuestra Constitución, el presidente tiene el derecho de iniciar leyes y decretos. Baste decir que en el sexenio del presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994), más del 90% de las leyes que fueron aprobadas por el Congreso de la Unión fueron iniciativas del presidente.

Conforme al artículo 72 de la Constitución, en su inciso c, el presidente puede hacer observaciones a proyectos de ley dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que los recibió. El presidente debe ordenar que se publiquen la ley, sin lo cual no podrá entrar en vigor. Esto se convierte en algo peligroso, puesto que dentro del ordenamiento mexicano no encontramos una sanción en caso de que el ejecutivo se rehúse a mandar publicar la ley; tampoco se establece ningún mecanismo institucional para sustituir la facultad del presidente en caso de que se niegue a promulgar la ley.

Todavía más, conforme a la Constitución Política, el presidente de la República puede realizar funciones legislativas en cinco supuestos: 1) en situaciones de emergencia; 2) en medidas de salubridad; 3) en caso de tratados internacionales (con aprobación del senado); 4) como facultad reglamentaria; y 5) para regulación en materia de aranceles.

Además de todos estos ordenamientos jurídicos que caracterizan al sistema presidencial mexicano, Jorge Carpizo (1994: 339-3340) establece que fuera del aspecto jurídico, el ejecutivo se fortalece por las siguientes causas:

- a) Es el jefe de partido predominante.
- b) El debilitamiento del poder legislativo, ya que la mayoría de los miembros de una de las Cámaras pertenecen al partido en el Gobierno, lo cual obstaculiza la función legislativa puesto que ellos se encuentran subordinados al presidente de la República y jefe del partido oficial.
- c) La situación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el presidente.
- d) La marcada influencia de la economía a través de los mecanismos del banco central, de las entidades públicas y de las amplias facultades que tiene en materia económica.
- e) La institucionalización del ejército, cuyos jefes dependen del presidente de la República.
- f) La influencia en la opinión pública a través de los controles sobre los medios masivos de comunicación, con lo cual se obstruye la crítica política hacia el Gobierno.
- g) La concentración de los recursos económicos en el ejecutivo.
- h) La facultad de designar a su sucesor y a los gobernadores de las entidades federativas.

- i) La determinación de todos los aspectos internacionales en los cuales interviene el país, sin freno alguno por parte del senado.
- j) La aceptación del papel del ejecutivo, sin que se le cuestione.

4.2 *Las facultades de control del legislativo sobre el ejecutivo*

Siguiendo a Jesús Orozco Henríquez (1994:285), distinguiremos los controles a cargo del poder legislativo en dos grupos: los preventivos y los de carácter posterior o correctivo.

- a) Los controles de carácter preventivo son tres: los que se dan en el proceso legislativo, los controles económicos y hacendarlos y los controles sobre nombramientos presidenciales.

El Congreso, de conformidad con el sistema presidencial, pudiera encontrar su instrumento más efectivo de control a través del propio proceso legislativo, en el cual se puede debatir, discutir y criticar la función del ejecutivo. Asimismo, el Congreso puede deliberar o decidir sobre la orientación política del Estado con su intervención a las reformas de la Constitución o la ratificación de los tratados internacionales. Sin embargo, debido a la sumisión que existe del poder legislativo ante el ejecutivo, ya sea por negociaciones extrañas o por pertenecer al mismo partido, en la práctica resulta muy poco eficaz este control.

Los principales controles económicos y hacendados los encontramos en la aprobación de la ley de ingresos y el presupuesto de egresos; sin embargo, podemos hacer la misma crítica del párrafo anterior, pero también existen las concentraciones de uno de los partidos de oposición para aprobar paquetes financieros propuestos por el ejecutivo, con la excusa de que el país quedaría paralizado financieramente si no se aprobara el paquete económico, porque la Constitución no establece soluciones a un conflicto derivado de la no aprobación de dicho paquete.

- b) Los controles sobre los nombramientos presidenciales son pocos, puesto que el presidente de la República realiza de manera libre los nombramientos de los altos funcionarios, mientras que los de menor jerarquía solo pueden ser ratificados por el Congreso.

Los controles de carácter posterior son cinco: los informes, las preguntas, las investigaciones, la revisión de la cuenta pública anual y el juicio político, del cual mejor diremos que es una consecuencia sancionadora al control.

Sobre los informes presidenciales se cuestionaría bastante que puedan servir de control, puesto que una de sus finalidades es que a través de ellos se pueda verificar la actuación del ejecutivo de acuerdo a la voluntad popular y, en caso de que no se acate dicha voluntad, hacerlo responsable políticamente. Sin embargo, en México el informe no puede funcionar como control, pues-

*... la responsabilidad
política encarnada
en los sistemas
parlamentarios no se
parece en lo absoluto
a la responsabilidad
penal del presidente
de la República en
México.*

to que solo sirve para "informar" al Congreso sobre el estado que guarda la administración pública, sin que se puedan realizar preguntas o interpelaciones, mucho menos hacer responsable al presidente en caso de que haya falcado a la voluntad popular.

Por lo que toca a las preguntas, el artículo 93 constitucional, en su segundo párrafo, prevé la posibilidad de citar a los miembros de la administración pública para "informar" cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus ramos. Su mismo contenido evita el control, pues los miembros de la administración solo informan para facilitar la discusión de un proyecto de ley o un negocio concerniente a sus ramos, sin que se pueda ejercitar un verdadero control.

A nuestro criterio, el único control que pudiese acercarse al control parlamentario son las comisiones de investigación que prevé el párrafo tercero del artículo 93 constitucional. En él se faculta a la Cámara a integrar comisiones para investigar el funcionamiento de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal *mayoritaria*. Decimos que solo se acerca, ya que es muy limitativo y deja fuera a la administración centralizada de toda investigación; además, la responsabilidad en que pudiese caer un funcionario del ramo investigado solo es de carácter jurídico y no político, como en el sistema parlamentario.

Por lo que respecta a la revisión de la cuenta pública, podemos hacer las mismas observaciones que en el párrafo anterior, pues las responsabilidades que puedan derivarse de dicha revisión solo son de carácter penal y no político. En cuanto al juicio político, lo estudiamos en otro apartado, porque a nuestro entender el juicio político es una consecuencia del control y no parte de él.

4.3 Responsabilidad del presidente de la República

Sobre la responsabilidad en que puede incurrir el presidente de la República podemos decir poco. Ello se debe a que el primer mandatario de la nación solo puede incurrir en responsabilidad por traición a la patria o por delitos graves del orden común, como lo marca el artículo 108 constitucional, último párrafo. Por eso vemos que la responsabilidad política encarnada en los sistemas parlamentarios no se parece en lo absoluto a la responsabilidad penal del presidente de la República en México.

En cuanto al juicio político que puede entablarse a los secretarios del Estado, este también dista de ser semejante a la responsabilidad política establecida en los sistemas parlamentarios. Esto sucede en virtud de que solo se puede enjuiciar políticamente a dichos funcionarios por los delitos oficiales que establecen la misma Constitución y la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, sin tomar en cuenta aspectos de tipo político, como en los sistemas parlamentarios.

5. CONVENIENCIA DE UN SISTEMA PARLAMENTARIO EN MÉXICO

El descrédito del sistema presidencial en México nos hace pensar en la conveniencia de instaurar en él un régimen parlamentario; pero debemos determinar si en una democracia el sistema parlamentario ofrece mayores ventajas que el sistema presidencial.

Existen autores que apoyan la idea de una reforma al sistema presidencial para limitar el poder del ejecutivo; algunos plantean un semipresidencialismo, puesto que el parlamentarismo puro y el presidencialismo puro producen excesos; otros sostienen la hipótesis de que solo mediante el parlamentarismo puro tendremos una democracia estable.

En concordancia con Juan J. Linz (1991), el sistema parlamentario tiene frente al sistema presidencial las siguientes ventajas:

- a) Flexibilidad.
- b) Existencia de soluciones constitucionales para la confrontación entre el legislativo y ejecutivo.
- c) No se produce parálisis legislativa o *impasses* entre los poderes,
- d) Fortalece el sistema de partidos.
- e) Favorece los juegos de suma pasiva.
- f) Se da la cooperación política.
- g) Genera estabilidad política.

a) *La flexibilidad.* En virtud de que en los sistemas presidenciales el ejecutivo es electo para un determinado período, se imposibilitan los ajustes requeridos por la sociedad, a diferencia del sistema parlamentario, en donde la política gubernamental puede ser ajustada en cualquier momento y no se requiere esperar seis años para que se dé este ajuste.

b) Existencia de soluciones constitucionales para los conflictos ejecutivo- legislativo. En el sistema presidencial existen dos órganos con legitimidad democrática: el poder legislativo y el poder ejecutivo; en caso de que exista conflicto entre ellos, como el presidente pertenece a un partido y la mayoría del Congreso a otro, ¿quién tendría más derechos a hablar en nombre del pueblo? No hay principio democrático que pueda resolver tal situación.

Cosa distinta sucede en el sistema parlamentario: al no existir decisión de poderes, solo de funciones, el Parlamento puede destituir al Gobierno, o el primer ministro puede disolver al Parlamento de forma constitucional.

c) No hay parálisis entre ejecutivo y legislativo. No poder resolver los conflictos de poderes (como por ejemplo el presupuesto de egresos), en el sistema presidencial puede provocar la inactividad del ejecutivo y del legislativo; en cambio, en los sistemas

Existen autores que apoyan la idea de una reforma al sistema presidencial para limitar el poder del ejecutivo; algunos plantean un semipresidencialismo, puesto que el parlamentarismo puro y el presidencialismo puro producen excesos...

parlamentaristas pueden resolverse los conflictos constitucionalmente y no se genera la inactividad del Parlamento ni del Gobierno.

- d) Se favorece el sistema de partidos. Las excesivas facultades que se otorgan al presidente de la República traen, entre otras consecuencias, el debilitamiento de los partidos políticos, pues el presidente estará por encima de ellos (hasta de su propio partido), como sucede con el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en México. Así, la estabilidad política no radica en los partidos, sino en el mandatario.

En el sistema parlamentario, por el contrario, la fuerza del sistema radica en los partidos políticos: en caso de indisciplina, el electorado los castiga seriamente.

- e) Se propician los juegos de suma positiva. En los sistemas presidencialistas el que gana las elecciones gana todo, no permite formar coaliciones ni comparte el poder, base de la democracia. Además, esa cuota de poder se puede obtener sin la mayoría absoluta de votos; en los sistemas parlamentarios, en cambio, se opera bajo el principio de que los partidos ganarán una cuota de poder de acuerdo a la proporción de sus votos.
- f) El sistema parlamentario es cooperativo. Aunado al punto anterior, vemos que el Gobierno se forma con base en un consenso público: la gran mayoría de los ciudadanos se sienten representados en el Gobierno, por lo que hay mayor posibilidad de dialogar y celebrar negociaciones.
- g) El sistema parlamentario genera estabilidad política. Debido al consenso, a las negociaciones que se dan entre los partidos y al reparto del poder, hay mayor posibilidad de estabilizar políticamente al país en el sistema parlamentario que en el sistema presidencial. En este último, debido al acaparamiento del poder y a las enormes facultades que se le otorgan al poder ejecutivo, se corre el riesgo del autoritarismo y por ende, de la inestabilidad política; el presidente se puede colocar con suma facilidad por encima de los otros dos poderes y por encima de los propios partidos políticos.

Ahora que tanto se habla de reformar políticamente al país, sería conveniente discutir la posibilidad de implementar el sistema parlamentario en México o, por lo menos, pensar en controles más efectivos, con la existencia de un jefe de gabinete de ministros, quien fuese supervisado, en su administración general, por el Congreso de la Unión. De esa manera se fortalecería la democracia, pues el Congreso se equilibraría con el ejecutivo; se cuestionarían diariamente las actuaciones de los miembros del Gobierno; se sancionaría a quien le faltara al respeto a la voluntad popular; se limitarían las facultades del ejecutivo; los ciudada-

nos se sentirían representados de alguna u otra manera en el Gobierno; y se facilitarían la alternancia en el poder, como lo exigen las democracias modernas. Para que ello funcione, deben realizarse reformas adicionales que auxilien en el buen funcionamiento del sistema parlamentario: sistema electoral y medios de comunicación, principalmente.

CONCLUSIONES

1. El parlamentarismo nació en Inglaterra como una forma política de evitar los abusos de la monarquía; posteriormente fue evolucionando conforme cambiaban las circunstancias políticas y sociales de los países que lo fueron adoptando, hasta alcanzar las características con las que lo conocemos en este final de siglo.
2. Las bases del sistema parlamentario son la división de funciones y no de poderes; la legitimidad democrática en un solo órgano (el Parlamento); el control del Parlamento sobre el Gobierno; y la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento y el cuerpo electoral.
3. El presidencialismo en México se caracteriza por el exceso de facultades que se le otorgan al presidente de la República, por la sumisión del legislativo hacia el ejecutivo y por la ausencia de responsabilidad política del presidente.
4. Existe la conveniencia de adoptar el sistema parlamentario en México o, cuando menos, el control del Congreso hacia una figura como sería un jefe de gabinete de ministros, para lograr equilibrio entre el legislativo y el ejecutivo, para evitar el autoritarismo del presidente de la República y para responsabilizar políticamente al primer mandatario, entre otras ventajas.

REFERENCIAS

- Aragón, Manuel. "La forma parlamentaria de Gobierno en España", en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 1994.
- Berlín Valenzuela, Francisco. *Derecho parlamentario*, FCE, México, 1993.
- Cárdenas García, Jaime. *Transición política y reforma constitucional en México*, UNAM, México, 1994.
- Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*, 4ª ed., Porrúa, México, 1994.
- Constitución Española de 1978*, Pueblo, España, 1978.
- Constitución de la Nación Argentina de 1994*.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Anaya Editores, México, 1995.

- Dieter, Nohlen y M. Fernández. *Presidencialismo versus parlamentarismo*, Nueva Sociedad, Venezuela, 1991.
- De la Rúa, Fernando. "El Parlamento, garantía de la democracia", en *El poder legislativo en la actualidad*, UNAM, México, 1994.
- Escamilla Hernández, Jaime. *El sistema parlamentario inglés*, UAM-Gernika, México, 1988.
- Figueruelo B., Ángela. *En torno a las garantías del sistema parlamentario español*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1990.
- García Fernández, Javier. "Funciones de control del Parlamento sobre el Gobierno", en *El poder legislativo en la actualidad*, UNAM, México, 1994.
- García de la Roca, Javier. "Parlamento y partidos políticos: de cómo limitar al soberano", en *El poder legislativo en la actualidad*, UNAM, México, 1994.
- Jennings, Ivor. *El régimen político de la Gran Bretaña*, Francisco F. Jardón Santa Eulalia (trad.), Tecnos, España, 1962.
- Kappler, Arno. *La actualidad de Alemania*, Rubén Meri (trad.), Societäts-Verlag, Alemania, 1993.
- La Constitución de Francia*, Embajada de Francia, 1995.
- Linz, Juan J. "Los dos rostros de la democracia", *Facetas*, núm. 92 (2), Estados Unidos, 1991.
- Manzanares, Henri. "El régimen parlamentario en Europa Occidental", *Revista de Estudios Políticos y Constitucionales*, núms. 171 y 172, mayo-agosto de 1970.
- Montero Gilbert, J. R. y J. García Morillo. *El control parlamentario*, Tecnos, España, 1992.
- Orozco Henríquez, J. Jesús. "Las facultades de control del legislativo sobre el ejecutivo en México", en *Problemas actuales del derecho constitucional, estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 1994.
- Sánchez Ágosta, Luis. "Estabilidad de un régimen democrático parlamentario", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 72, España, 1986.
- Santamaría, Julián. "El papel del Parlamento durante la consolidación de la democracia y después", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, nueva época, España, abril-junio de 1994.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, 27ª ed., Porrúa, México, 1993.
- Valadés, Diego. *Constitución y política*, 2ª ed., UNAM, México, 1994.
- Venegas Trejo, Francisco. "Democracia, regímenes políticos y el presidencialismo mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho en México*, tomo XXXIII, núms. 127-129, México, enero-junio 1983.



Los derechos humanos y el derecho subjetivo. Los términos de una polémica

Óscar Altamirano Piña

INTRODUCCIÓN

Michel Villey ha dejado claro en más de un escrito que el derecho subjetivo no existía en el pensamiento jurídico antiguo ni en el medieval. Sus investigaciones ponen a Guillermo de Ockam como el creador de este vocablo con el que se designa al derecho. Según Villey, a partir de Ockam el derecho ya no es solo derecho, es un compuesto sustantivo y adjetivo: derecho subjetivo.

Lo que el historiador francés afirma no es ajeno al pensamiento jurídico contemporáneo ni lo fue al pensamiento moderno. En efecto, si en la antigüedad y en la Edad Media, hasta antes de Ockam, el derecho era solo lo justo concreto, a partir del "Venerabilis Inceptor"¹ el derecho será solo facultad concreta del individuo, anticipando el ayuno de justicia al que será sometido el pensamiento jurídico moderno.

Actualmente, la jerga jurídica predominante parece utilizar el sentido criticado por Villey: los derechos humanos son subjetivos, lo que convierte al concepto en uno de mayor complejidad, pero, además, de mayor relevancia, pues por encima de otros conceptos aplicados por sinonimia a los derechos humanos, el de "derecho subjetivo" es el que mayor preponderancia ha alcanzado, tanto en su dimensión lingüística como en la semántica.

¹ "Venerabilis Inceptor" es el sobrenombre que se le adjudica a Guillermo de Ockam, que algunos latinistas traducen como "venerable principiante", a causa de que no concluyó sus estudios teológicos.

En un acercamiento inicial, bien podemos afirmar que existen dos sentidos del concepto de referencia: uno derivado del pensamiento antiguo y medieval, y otro de vigencia actual, derivado del pensamiento moderno.

Sin embargo, la tesis de Villey, según la cual el derecho subjetivo no existía en el derecho antiguo ni en el romano, no tiene una existencia pacífica, pues la propuesta de Carlos Ignacio Massini Correas ofrece una reflexión alternativa.

El presente trabajo pretende exponer algunos elementos de esta polémica, que pueden resultar relevantes al pensamiento jurídico contemporáneo.

Esta confrontación virtual se da entre dos pensadores jurídicos que confiesan su adhesión a las tesis del iusnaturalismo clásico, también llamado realismo clásico, cuyos principales representantes son Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, por lo que ambos pensadores tienen como antecedente un amplio conocimiento de las reflexiones jurídicas de estos dos gigantes de la filosofía jurídica occidental.

**I. ACLARACIÓN PREVIA:
DOS CONCEPTOS DE DERECHO
SUBJETIVO**

A fin de tener una idea clara del sentido de la polémica en la que se enfoca el presente trabajo, es necesario tener una noticia primera acerca del concepto de "derecho subjetivo".

En un acercamiento inicial, bien podemos afirmar que existen dos sentidos del concepto de referencia: uno derivado del pensamiento antiguo y medieval, y otro de vigencia actual, derivado del pensamiento moderno.

En efecto, el concepto "derecho subjetivo" tiene dos posibilidades de comprensión: la primera es aquella identificada con el subjetivismo jurídico formulado por el pensamiento moderno, según Villey iniciado por Guillermo de Ockam y continuado por Grocio cuando éste definió al derecho como la "facultad de obrar o de hacer cualquier cosa que resulte del poder sobre uno mismo, del poder sobre otro, del poder sobre las cosas", convirtiendo la voluntad del individuo en el eje central del derecho y en el mejor medio para descubrir lo justo, pues el individuo conoce y quiere aquello que es conforme a sus intereses.² El subjetivismo jurídico se convierte desde esta consideración en el modo unilateral de comprensión del derecho. Los derechos subjetivos son derechos en la medida en que existe un poder en el individuo, sin referencia a ninguna otra realidad que su voluntad o sus propios intereses.

Una segunda posibilidad de comprensión de los derechos subjetivos, correspondiente al derecho natural clásico, se atiene al derecho objetivo u obra justa como realidad primigenia del derecho, y es de esta realidad objetiva de donde se deriva la facultad del portador del derecho respecto de otro sujeto, de realizar una conducta o de exigir lo debido en cumplimiento de lo imperado por la ley.³

2 Massini Correas, Carlos Ignacio (1987). *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo Perrot, p. 62.

3 *Ibidem*, p. 65.

Al respecto, Javier Saldaña,⁴ quien apoya la tesis de Villey al afirmar que el concepto de derecho subjetivo es propio de la época moderna, explica que el mundo antiguo y medieval es un mundo objetivo y natural en el cual bienes y personas se insertan, y del cual es posible descubrir la parte justa (del todo) que corresponde a cada sujeto (derecho natural); esta parte justa es el *ius o derecho*, de modo que la tarea del jurista, del legislador, del juez, es atribuir a cada uno su derecho, en donde lo que se atribuye es precisamente aquella parte justa: aquello que es justo o, como diría Santo Tomás, la cosa justa misma que a cada uno corresponde en el orden natural y objetivo de bienes.

II. EL DERECHO SUBJETIVO EN LA TESIS DE MICHEL VILLEY⁵

Para el profesor de París, el significado del concepto solo se puede rastrear a partir de sus autores,⁶ que históricamente pertenecen a la modernidad: Grocio, Puchta, Savigny, Leibniz, Wolf, entre otros.

En los diccionarios influidos por el pensamiento moderno, dice, se puede encontrar que lo subjetivo se define por su oposición a lo objetivo. En tal relación, es posible advertir que "es subjetivo lo que es atributo del sujeto, lo que pertenece a su esencia, que le es inherente (subjacet); mientras que lo objetivo, al contrario (como un complemento del objeto), es sobreañadido al sujeto, lanzado delante de él (objectum)". Para el pensamiento moderno, por lo tanto, lo objetivo es lo que es creado por el espíritu humano. Así, trasladado al ámbito de lo jurídico, el derecho subjetivo "sería sacado del ser mismo del sujeto, de su esencia, de su naturaleza", en tanto que lo objetivo es lo que resulta una creación de nuestro espíritu, una producción artificial, por lo que también son objetivas las leyes y lo que de ellas se deriva.

Al considerar su contenido y de acuerdo a lo señalado, "el derecho subjetivo es una *cualidad* del sujeto, una de sus *facultades*, más precisamente, una franquicia, una libertad, una posibilidad de actuar". En conclusión, para Michel Villey, los pensadores modernos tienen en mente al derecho subjetivo como un poder del sujeto individual.

En contraposición a la visión anterior, propia del derecho moderno y con el fin de explicitar su sentido, Villey presenta los elementos fun-

4 Saldaña, Javier (1970, mayo-agosto). "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos, primera parte". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año III, núm. 8. México: Nueva Serie.

5 El texto de consulta utilizado en el presente trabajo es una transcripción del capítulo VI de Michel Villey: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (1976). Colección Jurídica. Serie Mayor. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Los entrecomillados y demás referencias se refieren a este texto, salvo que se indique lo contrario.

6 Villey considera que el concepto subjetivo es obra del pensamiento moderno. Ésta es la parte fundamental de su tesis.

El poder es un dato que no es constitutivo del derecho, sino que es una realidad que el derecho limita, por lo que no puede consagrarlo como derecho.

damentales del derecho romano como un espacio en el que el derecho natural clásico, de cuño aristotélico, se instaló permanentemente.

En la consideración de este autor parisino, Aristóteles, primero, y Santo Tomás, después, tienen la pretensión de construir una ciencia jurídica, pero sin buscar fundamentarla en una consideración de la naturaleza del hombre entendida como una entidad aislada, meramente individual, sino sobre la base de una consideración de la naturaleza humana encontrada a partir de la observación del orden contenido en el cuerpo social y en el cosmos.

Desde esta perspectiva, lo justo se entenderá como armonía, equilibrio o buena proporción aritmética o geométrica entre las cosas o las personas. Así, el derecho será lo justo, entendido como el ajuste de los sujetos de la relación objetiva; por ejemplo, dice Villey, ajuste entre los respectivos patrimonios de dos propietarios vecinos, ajuste entre los que están en relación de negocios, entre la víctima de un daño y el delincuente que es su autor, el acreedor y su deudor, etcétera.

Tal como Saldaña lo advierte, citando a Villey,⁷ si el *ius* es aquello que es justo objetivamente, hay un justo de cada cosa y de cada persona. Aplicada al individuo, la palabra derecho designaría la parte que le toca a cada sujeto en esta partición justa, puesto que la justicia tiene por objeto atribuir a cada uno su derecho.

Por esto, afirma el profesor parisino, el derecho no puede designar el poder del individuo al que se refiere el derecho subjetivo de los modernos. En el derecho natural clásico implicado en el pensamiento romano, el derecho no piensa en el poder por cuanto que éste existe en función del individuo y el derecho es relación *supra* e interindividual, lo que hace pensar que el derecho está en función de los individuos vistos como sociedad. El poder es un dato que no es constitutivo del derecho, sino que es una realidad que el derecho limita, por lo que no puede consagrarlo como derecho.

Para los modernos, sostiene Villey, el derecho es el poder mismo, es la cualidad del sujeto, el *dominium* que éste tiene sobre las cosas, los poderes, absolutos en principio o indefinidos, que los modernos revisten con la autoridad significada por el término derecho. En cambio, el lenguaje clásico se reserva el sello de lo jurídico al objeto (cualquiera que sea) una vez limitado, sobre el cual deberá recaer

⁷ Saldaña, Javier (1970, mayo-agosto). "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año III, núm. 8. México: Nueva Serie.

ese derecho, a los límites que el arte jurídico traza entre las zonas de los poderes.

Por eso afirma conclusivamente Villey, "No creo que en el pensamiento de Platón, de Aristóteles o de Santo Tomás y lo mismo en el de los mejores juristas romanos tenga existencia jurídica la noción moderna de un poder del Hombre sobre el Hombre o, aun, sobre las cosas".

Ahora bien, si para Villey el derecho moderno desarrolló el concepto de derecho subjetivo, no considera que su origen se encuentre en esta etapa histórica, sino en una época anterior, en la que se ubica el pensamiento de Guillermo de Ockam, un fraile franciscano al que identifica como el punto histórico que divide la Edad Media de la modernidad,⁸ toda vez que su obra y aportación ocurrió en lo que se conoce como la baja escolástica, en medio de una polémica sostenida con el papa Juan XXII, conocida como Querrela Franciscana de la Pobreza.

Dicha confrontación se inició con la decisión papal de hacer que la comunidad franciscana asumiera la propiedad de los bienes que poseían sin afectar la regla, es decir, sin contradecir el voto de pobreza que postula la congregación, toda vez que hasta ese momento el papado tenía la propiedad de los bienes acumulados por la orden monacal, en tanto que los frailes tenían solamente el uso de los mismos. Roma tenía la etiqueta y los frailes franciscanos la cosa, dice Villey. Eran solamente usuarios, no propietarios.

En respuesta al Papa, Ockam utiliza diversos conceptos necesarios para su argumento, desde la premisa que identifica las palabras como signos convencionales que connotan realidades diversas según el punto de vista de quien las usa.

Desde esta consideración nominalista, creada por Ockam, se niega al concepto derecho el sentido técnico de la palabra; deja de designar, dice Villey, el bien que le toca a cada uno según la justicia. Derecho ya no significará más aquello que es justo y pasa a significar algo mucho más restringido: el poder que se tiene sobre un bien.

Con este concepto de derecho, Ockam responderá al Papa afirmando que los frailes tienen el "uso de hecho" de las cosas que poseen, entendiendo este "uso de hecho" como el acto mismo de usar una cosa exterior, como habitar, comer o beber, al que los franciscanos, ni Cristo, han renunciado, pues su renuncia es específicamente al derecho positivo que consiste en el poder que se tiene sobre un bien.

Se trata, según Ockam, del *jus poli*, es decir, del permiso, de la facultad que se recibe del cielo: del derecho positivo divino desde el cual se tiene el uso de hecho de las cosas que se poseen.

⁸ Villey considera que la obra relevante, en la que se encuentra la base de sus argumentos, es la *Opus nonaginta dierum*, escrita por Guillermo de Ockam, que dataría de alrededor de 1332. Es mérito de G. de Lagarde, en el tomo VI de su gran obra (pp. 159 y ss.), haber percibido el interés de este libro para la Historia del Derecho, según una advertencia del autor francés.

Derecho ya no

significará más aquello

que ES IUSIO y pasa a

significar algo mucho

más restringido: el

poder que se tiene

sobre un bien.

Por lo tanto, a lo que los franciscanos renuncian es a una segunda especie de derecho que se llamará el *jus forial* que Ockam definió como la potestad que nace de la convención y de la ley positiva humana, y que lleva la sanción pública.

Con lo dicho hasta ahora, es posible afirmar que la tesis sostenida por el profesor parisino consta de dos partes: la primera de ellas consiste en sostener que el concepto de derecho subjetivo no aparece en la historia previa a la modernidad: tanto el derecho antiguo como el medieval carecen de este concepto; el derecho romano, igualmente, no cuenta en su lenguaje jurídico con el concepto de derecho subjetivo.

La segunda parte de la tesis sostiene la anterior: consiste en afirmar que el concepto de derecho subjetivo se origina en el pensamiento de Guillermo de Ockam, en el siglo XII, con su obra *Opus nonaginta dierum*, y es a partir de esta construcción que los pensadores jurídicos modernos comenzaron a desarrollar con mayor amplitud el concepto de referencia, y que alcanzó su momento de madurez en el siglo XVII con el nacimiento de la Escuela Racionalista del Derecho Natural,⁹ en la que Hugo Grocio es el pilar fundamental.

III. EL DERECHO SUBJETIVO EN LA TESIS DE CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS¹⁰

Al desarrollar una proyección de las tesis de Villey, es posible afirmar, junto con Massini Correas, que este historiador de lo jurídico sostiene que el "derecho subjetivo" no constituye una realidad que integre necesariamente el ámbito de lo jurídico, no es un elemento metafísico, sino ideal e histórico, por lo que dicho concepto es una construcción racional correspondiente a una determinada época de la historia y a un determinado modo de pensamiento, por lo cual se trata de un concepto históricamente volátil.

Ahora bien, Massini Correas sostiene la tesis contraria, al afirmar que el derecho subjetivo sí constituye una realidad necesaria del derecho y aun cuando presenta un cierto desarrollo histórico, este concepto sí se corresponde a los datos de una experiencia jurídica entendida de modo integral.

Sin embargo, la oposición entre estos dos especialistas del derecho no es simple, pues la empresa de Massini Correas consiste en hacer patente el estatuto ontológico del concepto, es decir, se trata de negar que dicho concepto sea una construcción ideal y que por no tener naturaleza histórica en el sentido expresado por Villey, esté presente en todas las realidades jurídicas.

9 Rodríguez Moreno, Alonso (2011). *Origen, evolución y positivación de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 11.

10 Massini Correas, Carlos Ignacio (1987). *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo-Perrot, p. 43.

Para lograrlo, el pensador argentino anticipa que su argumentación la realiza desde la perspectiva del realismo clásico y utiliza preventivamente ideas desarrolladas por George Kalinowski, Jean Dabin, Louis Lachance y Guido Soaje Ramos en torno a los conceptos de analogía, relación y título jurídico.

Para entender el concepto de derecho subjetivo considera el autor que es necesario analizar, en primer lugar, la dimensión analógica del derecho, por cuanto éste es aplicado de diversas maneras a diversas realidades. Tomando en cuenta las reflexiones de Kalinowski, Massini Correas considera que hay una multiplicidad de realidades a las que se aplica el concepto del derecho con un sentido semejante, es decir, parcialmente idéntico o similar, y la analogía que se aplica es del tipo de atribución, porque no se aplica del mismo modo y con idéntica propiedad a la suma de los múltiples elementos de la realidad jurídica. Desde esta tónica, el concepto de derecho aplicado a un obrar humano, a una norma, a una cosa corporal o a un poder de obrar, no se entiende de la misma manera o en un mismo sentido.

Como en toda analogía, es necesario determinar cuál es el primer analogado, es decir, cuál es la realidad a la que se aplica el concepto en sentido propio y original. Si el derecho es aplicado a la realidad conocida como norma o a una cosa corporal, o a una facultad, no se hace en sentido primario, pues existe una realidad a la que se aplica con mayor propiedad y sentido original, que es el actuar humano, es decir, la conducta jurídica. Así lo entiende Kalinowski al referenciar el pensamiento de Aristóteles y de Santo Tomás, para quienes el derecho es una cierta obra adecuada a otro, según algún modo de igualdad. Por lo tanto, el derecho, es decir, lo justo, es primariamente una obra en el sentido de acción.

Hablando de lo justo, dice Massini Correas, Aristóteles y Santo Tomás no piensan en una cosa o en un objeto considerado en sí mismo, sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro sujeto.

Para Santo Tomás, los nombres que analógicamente se aplican a muchos, necesariamente se les aplican en virtud de alguna relación que tienen con una misma cosa. Por ello, el derecho, sostiene Massini Correas, se constituye como un conjunto de realidades diversas vinculadas entre sí por una serie de relaciones de variados órdenes.

En una dimensión de verticalidad (ver Anexo 1) existen, en un primer momento, las relaciones entre la conducta humana de naturaleza jurídica y la norma de derecho. Esas relaciones, según el planteamiento de Massini Correas, se explican con el concepto de causalidad, el cual permite la comprensión del alcance y contenido del acto justo, toda vez que la norma definirá cuándo el acto jurídico consiste en otorgarle al otro lo que le corresponde. De esta manera, la norma tendrá la

*Para Santo Tomás,
los nombres que
analógicamente se
aplican a muchos,
necesariamente se
les aplican en virtud
de alguna relación
que tienen con
una misma cosa.*

La norma y la conducta mantienen también una relación de causalidad final por cuanto la norma le formula al sujeto de la acción, el fin al que debe tender su conducta.

función de una causa ejemplar por cuanto le indicará al sujeto cómo será su conducta y cuál será el contenido, sin que para ello obste que la norma sea de derecho natural o positivo,¹¹ pues en algunas ocasiones, refiere Kalinowski, será la naturaleza de las cosas la que determine lo justo, en tanto que en otros momentos será la norma positiva la que señale cómo se realiza la conducta por la que se entrega al otro lo que le corresponde.

Por otra parte, la norma y la conducta jurídica tienen una relación de causalidad eficiente, pues ella impulsa al sujeto a realizar la conducta dentro de los cánones establecidos en la misma norma. La ley es un principio de obligación y constriñe al obrar individual. Según Massini Correas, la norma mueve moralmente a la ejecución de ciertos actos que constituyen el derecho.

La norma y la conducta mantienen también una relación de causalidad final por cuanto la norma le formula al sujeto de la acción, el fin al que debe tender su conducta. Según Santo Tomás, a decir del argentino, no es más que una ordenación racional al bien común, que quien tiene el cuidado de la comunidad ha promulgado. Por tanto, si lo justo es determinado por la ley en su dimensión de causalidad ejemplar y la ley se ordena al bien común, también la conducta informada por ella habrá de ordenarse a ese bien social.

Una vez establecidas las relaciones verticales entre la norma y la conducta jurídica, es necesario formular las relaciones horizontales que se dan en el derecho entre dos sujetos de acción jurídica, como ocurre entre el acreedor y el deudor, entre el comprador y el vendedor, entre otras duplas de relación jurídica.

Como bien lo establece Soaje Ramos, escribe Massini Correas, la conducta jurídica es de alteridad, referida a otro sujeto jurídico y consta de un entramado de actos humanos referidos a uno o varios sujetos jurídicos.

La causalidad eficiente que la norma ejerce sobre el actuar humano jurídico está presente ahora como imposición de un deber jurídico, al mismo tiempo que surge la atribución de un título jurídico al otro

11 Según Joseph de Finance, citado por Massini, "llamamos ejemplar a aquello a cuya semejanza el agente intelectual produce su efecto. En qué consiste propiamente la causalidad ejemplar? Así como el fin consiste en el ser deseado, la de la idea de ejemplar consiste en el ser imitado, porque solamente cuando el agente actúa adecuándose a ella, dicha causa determina el efecto".

sujeto que participa en la relación de alteridad, por lo que la norma es considerada como *atributivo-imperativa*, en tanto que faculta al tiempo que obliga (ver Anexo 2).

Según Soaje Ramos, el título que el acreedor tiene es la razón o fundamento por el que una conducta jurídica debida corresponde, o es debida a otro, en tanto que Lachance advierte que el título es la razón precisa, objetiva, formal, en virtud de la que alguien es constituido actualmente en beneficiario de un débito.

Una vez establecido que el derecho es un concepto analógico, por el que se puede llamar derecho a los diferentes elementos que participan en un evento jurídico, y radicada la relación vertical que existe entre la norma y la conducta por la que se advierte que aquélla es la causa ejemplar, eficiente y final de la conducta humana, por cuanto impulsa al sujeto a realizar aquella conducta justa que la norma le formula, con miras al bien común y, por otra parte, formulada la relación horizontal que existe entre el sujeto obligado con el poseedor de un título por el que es constituido en beneficiario del débito en cuestión, se está en condiciones de formular el estatuto ontológico del derecho subjetivo.

En efecto, el sujeto titular del derecho subjetivo se encuentra en una relación de pertenencia respecto a la conducta jurídica debida, por lo que cuenta con el poder jurídico que consiste en la posibilidad de reclamar el cumplimiento de la conducta, objeto del deber localizado en el sujeto deudor.

Desde esa perspectiva, dice Massini Correas, el derecho subjetivo consiste en un poder deóntico o moral en relación de posibilidad, o de *habere*, frente a otro u otros sujetos jurídicos, establecida por la norma.

Siguiendo a Kalinowski, se puede afirmar que el derecho subjetivo no consiste solamente en la relación entre un sujeto de acción con otro sujeto de acción, sino en una relación entre un sujeto de acción con una acción, lo que, a final de cuentas, es la posibilidad jurídica de que se cumpla con una acción, la que por ser posibilidad se tratará de una acción que se llevará a cabo por ser debida o que se realizará efectivamente o no, porque no se está obligada a ella.

Finalmente, el derecho subjetivo, de acuerdo a la tesis sostenida por Massini Correas, es una relación de permisión o de pertenencia frente a la conducta debida, la cual tiene como fundamento inmediato un título jurídico establecido por una norma que se lo atribuye y es, al mismo tiempo, una relación de un sujeto jurídico frente a una acción, al tiempo que está frente a otro sujeto jurídico, considerado en su deber jurídico, que, a su vez, le ha sido impuesto por la norma.

De esta forma, en su tesis, Massini Correas sostiene que el derecho subjetivo tiene un carácter ontológico, y no histórico, como Michel Villey sostiene, por lo que está presente en todas las realidades jurídicas.

Sin embargo, aclara el autor argentino que dicho vocablo es fuente de diversas confusiones acerca de la concepción del derecho y que

En la concepción realista, la realidad primigenia del derecho es el derecho objetivo u obra justa, y de ella se deriva el poder de otro sujeto jurídico de realizar una conducta o exigir el cumplimiento de lo imperado por la ley. Por lo tanto, reitera Massini Correas, el derecho subjetivo es una relación de permisión o de pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida, es decir, deónticamente necesaria, al ser establecida por la ley.

debiera utilizarse otro nombre para dicha realidad, pero tal necesidad se encuentra en oposición a la generalización del vocablo en el pensamiento contemporáneo, por lo que resulta de mayor provecho utilizarlo en el sentido expuesto buscando aclarar su verdadero contenido, con el fin de que se eviten los equívocos generados con la concepción moderna del derecho subjetivo.

En la concepción realista, la realidad primigenia del derecho es el derecho objetivo u obra justa, y de ella se deriva el poder de otro sujeto jurídico de realizar una conducta o exigir el cumplimiento de lo imperado por la ley. Por lo tanto, reitera Massini Correas, el derecho subjetivo es una relación de permisión o de pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida, es decir, deónticamente necesaria, al ser establecida por la ley.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

En la polémica anotada se advierte que los dos contendientes coinciden en rechazar la denominación de derecho subjetivo iniciada con Guillermo de Ockam, pues involucra una negación del derecho entendido como la acción por la que se entrega lo que al otro le corresponde, según lo establecido por la ley.

Sin embargo, Massini Correas advierte que el uso de este vocablo está tan extendido y generalizado que resulta imposible negarlo o prescindir de él, por lo que, a decir de sus argumentos, es preferible buscar su comprensión desde la óptica del realismo clásico, lo que resulta factible según lo expuesto.

De la misma manera, aceptan que con el derecho subjetivo de Ockam, se dio inicio a una nueva etapa histórica del derecho: la modernidad, cuyo carácter individualista opaca la visión social del derecho

clásico y trastoca el sentido del bien común, convirtiéndolo en un bien meramente individual y, por lo mismo, intrascendente.

En la visión de ambos expositores, se advierte, como Javier Saldaña lo señala,¹² que en el derecho subjetivo de la modernidad, la existencia de tal poder depende de la exigibilidad por la que se pretende restituir el derecho, coercibilidad que le viene dada por el derecho objetivo, es decir, por la ley, por lo que, en sentido estricto, es la ley la que tiene el poder, y dicho poder le viene dado a la ley por el hecho mismo de ser ley, sin más, lo que se encuentra en franca oposición a la visión del realismo clásico, para el cual el derecho subjetivo, es decir, el poder, del sujeto y de la ley, está dado por las exigencias mismas del derecho, es decir, de los bienes protegidos por esa norma. Dicho de otro modo, el poder de un sujeto de realizar una conducta o de exigir el cumplimiento imperado por la norma, se deriva de la cosa justa. Como reitera Massini Correas, el derecho subjetivo es una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida.

Como se ve, la aceptación del derecho como subjetivo no implica la asunción del subjetivismo jurídico propio de la modernidad, pues no centra su atención en el poder del sujeto, sino en la cosa justa, de donde se deriva ese poder individual.

En la perspectiva del realismo clásico, el derecho subjetivo es una extensión analógica del derecho, pues el derecho subjetivo será derecho en la medida en que el derecho, entendido propiamente, esté presente. El derecho subjetivo es derecho si hay cosa justa, es decir, la conducta debida, que le otorga al otro lo que le corresponde en razón de un título que la ley otorga. Como dice Massini Correas: derecho, en sentido propio, sigue siendo la realidad justa, la obra humana informada por la justicia objetiva, cuya información por la justicia supone siempre la existencia de un poder jurídico en otro sujeto, exigencia propia de la alteridad de la conducta jurídica.

Con estas observaciones, no parece justificado negar al derecho su dimensión de subjetividad, pues luego del análisis realizado por Massini Correas con apoyo de otros pensadores afines al realismo clásico, queda claro que el derecho subjetivo no es una nota esencial al derecho, pero se sigue necesariamente de ella y se encuentra en todas sus manifestaciones.

V. CONCLUSIONES

Es cosa corriente encontrar que el derecho subjetivo se encuentra identificado con los derechos humanos, circunstancia que le otorga una relevancia de la mayor envergadura, toda vez que la vida actual de las sociedades occidentales tiene en los derechos humanos uno de sus pilares constitutivos.

¹² Saldaña, Javier, *op. cit.*

Es cosa corriente

encontrar que el

derecho subjetivo se

encuentra identificado

con los derechos

humanos, circunstancia

que le otorga una

relevancia de la

mayor envergadura...

...los derechos humanos tienen su existencia a partir del conocimiento de la cosa justa, es decir, del conocimiento de la existencia de bienes de las personas que representan deudas para otras...

De este hecho se puede advertir la importancia de analizar algunas inconveniencias de utilizar el concepto de derechos humanos en el sentido de la modernidad, y que Villey, igual que Massini Correas, pone al descubierto.

Tal como Saldaña lo afirma,¹³ Villey puso en claro que el derecho subjetivo moderno es producto del egoísmo y de la incultura, que ha restringido los horizontes intelectuales de cada sujeto a sus apetitos, por lo que resulta natural que piense cada cosa en función de su yo y que capte al servicio de sí mismo, lo que debería ser concebido en función del interés común.

Las finalidades esenciales del ser humano con las que alcanza algún grado de perfección y que por su propia naturaleza se buscan socialmente, se han convertido en simples intereses individuales, y si acaso por algún tipo de estrategia adquieren el estatuto de bien de grupo, sin que sea relevante que en dicha conversión se implique el perjuicio del auténtico bien común. La libertad y la voluntad individual se convierten en los parámetros de la felicidad, y la satisfacción de los apetitos individuales en la última finalidad del actuar social.

Entendido el derecho como poder individual, derivado del individuo mismo, de su naturaleza, se desecha el derecho mismo en su concepción objetiva original, invirtiendo los roles de cada elemento que lo constituye.

Así, lo que importa es el interés particular, lo que en la vida práctica se traducirá en exigir los derechos humanos como meras expresiones de satisfacción individual, sin ninguna referencia a su dimensión social y sin referirlas a la exigibilidad derivada del "ser conductas debidas" por ser estrictamente necesarias para la felicidad individual y social.

En consecuencia, dice Saldaña, el derecho debatirá su desarrollo dentro de los parámetros del relativismo, toda vez que no hay un fundamento objetivo del derecho, sino muchos fundamentos individuales, subjetivos; por lo tanto, el derecho no podrá significar el interés común, o el bien común, sino el de este individuo particular, lo que naturalmente evolucionará en la construcción del derecho a favor del individuo que tenga más poder, lo cual llevará irremediamente al totalitarismo convertido en derecho.

En sentido contrario, al analizar los conceptos de la polémica objeto de este trabajo, se puede advertir que los derechos humanos tienen su existencia a partir del conocimiento de la cosa justa, es decir, del conocimiento de la existencia de bienes de las personas que representan deudas para otras, de donde se deriva que exista un derecho subjetivo, pero que tal derecho no se funda en el individuo mismo, sino en la cosa justa, es decir, en los bienes humanos, que por ser comunes a todos los seres humanos son bienes comunes y, por lo tanto, son exigibles para alcanzar la felicidad personal y social, la cual es la misma para uno y para todos.

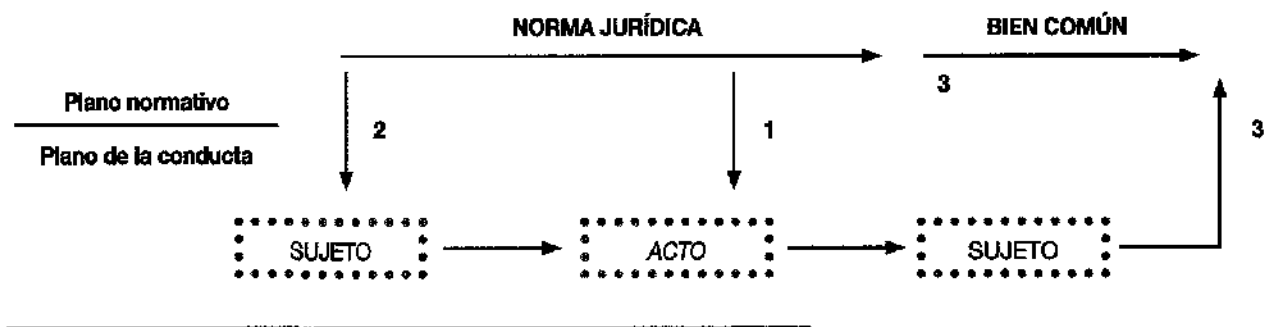
13 Saldaña, Javier, *op. cit.*

BIBLIOGRAFÍA

- Massini Correas, Carlos Ignacio (1987). *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo Perrot.
- Rodríguez Moreno, Alonso (2011). *Origen, evolución y positivación de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Saldaña, Javier (1970, mayo-agosto). "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos, primera parte". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año III, núm. 8. México: Nueva Serie.
- Villey, Michel (1976). *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*. Colección Jurídica. Serie Mayor. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
-

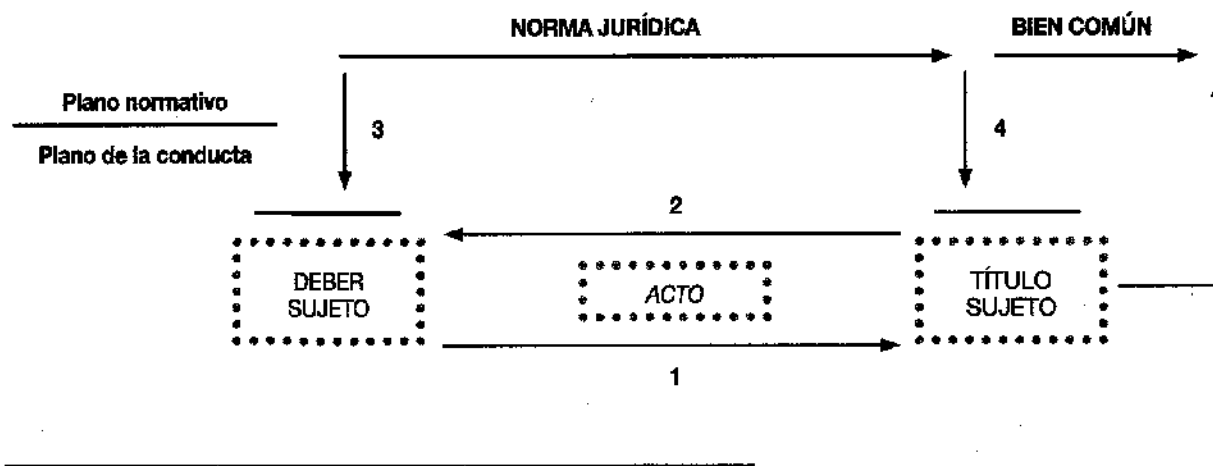


**ANEXO 1.
RELACIONES VERTICALES.**



1. Relación de causalidad ejemplar.
2. Relación de causalidad eficiente moral.
3. Relación de causalidad final del bien común.

**ANEXO 2.
RELACIONES HORIZONTALES.**



1. Relación de obligación.
2. Relación de poder jurídico o derecho subjetivo.
3. Imposición de deber jurídico.
4. Atribución del título jurídico.

¿Es el juicio de amparo el mecanismo idóneo para la protección de derechos humanos?

Joaho Bogart Acosta López

En la actualidad, el estudio de un tema tan importante dentro del ordenamiento jurídico mexicano como lo es la institución del juicio de amparo, es trascendente; aunado con lo anterior, es el momento histórico en el cual todo profesional del derecho está inmerso como testigo del cambio sustancial a la denotada institución constitucional, la cual debe adaptarse a la realidad social o quedar inoperante.

En tiempos modernos se han realizado modificaciones sustanciales a nuestra carta magna por parte del constituyente permanente con la finalidad de mantener una constitución moderna y acorde a los fenómenos políticos que se desarrollan en nuestro país, por ende, sendas adiciones se han realizado desde la promulgación en 1917 orientadas a un país en el cual la protección de los derechos humanos, dentro de una democracia moderna debe ser de vital importancia para la estructuración de un estado.

La institución de amparo como mecanismo de salvaguarda del orden constitucional, ha sido desde su inicio en la Constitución Yucateca de 1840, y posteriormente su instauración en la Constitución Federal de 1857, una gran aportación del constitucionalismo mexicano al mundo jurídico, ya que muchas instituciones latinoamericanas, e incluso europeas, acogieron dicho medio de protección en sus constituciones nacionales con la finalidad de brindar al gobernando un recurso (visto como una instancia de conocimiento) para hacer frente a los actos arbitrarios del poder público, y que en consecuencia

A poco más de 150 años de existencia, se impone la necesidad de una transformación que lo haga más eficaz para la protección de derechos humanos, ya que en la actualidad el amparo mexicano tiene carencias e imperfecciones y, desde una perspectiva de vulnerabilidad, tiene puntos patológicos que hacen que dicha institución excepcional, esté anacrónica.

enmarca los actos de las autoridades a una directriz de Estado de Derecho en el cual otorgue una seguridad jurídica, que deberá realizar ciertos actos regidos por el mismo ordenamiento para afectar su esfera de derechos reconocidos y protegidos por el ente estatal.

Desde su génesis dentro del marco constitucional la institución del amparo tiene un arraigo excepcional, ya que se encuentra intrínsecamente unido a nuestra historia como Estado y ha sido medio de defensa para el gobernando que se siente transgredido por el acto infame de la autoridad que violenta no sólo las mal llamadas garantías individuales, sino además que atenta en contra de toda la institución constitucional que tiene su fundamento en la soberanía nacional y que reduce en un gobierno del pueblo y para el pueblo según lo establecido por nuestro máximo orden jurídico, por tanto, la razón de ser de la citada institución dentro de un sistema de deber, juega un papel fundamental, o más allá, predominante.

A poco más de 150 años de existencia, se impone la necesidad de una transformación que lo haga más eficaz para la protección de derechos humanos, ya que en la actualidad el amparo mexicano tiene carencias e imperfecciones y, desde una perspectiva de vulnerabilidad, tiene puntos patológicos que hacen que dicha institución excepcional, esté anacrónica.

Con la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, la más importante en materia judicial de los últimos años, se estableció todo un sistema de control constitucional que se vio cristalizado en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 11 de mayo de 1995.

La importancia de esta reforma puede estudiarse desde dos perspectivas: orgánica y competencial. Desde el primer punto de vista, la composición orgánica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sufre una reducción en el número de sus integrantes, de 26 a 11, regresándose a la previsión constitucional original de 1917. Asimismo, se suprime la inamovilidad de sus miembros al establecerse un periodo de quince

años. Esta nueva composición orgánica se acerca considerablemente a la de los tribunales constitucionales europeos, cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis y son electos por periodos determinados. También, con esta reforma se introduce el Consejo de la Judicatura Federal como órgano independiente de la Suprema Corte, al que le quedaron atribuidas las tareas de administración del poder judicial y de vigilar el cumplimiento de la carrera judicial a través de sistemas objetivos de control y ascenso de funcionarios judiciales. Uno de los más encomiables méritos de este organismo, es el de haberle despojado la enorme carga administrativa que antes realizaba la Suprema Corte.

Desde el punto de vista competencial, la reforma de 1994 significó la creación de la acción de inconstitucionalidad, un nuevo mecanismo que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del pleno de la Suprema Corte de Justicia, semejante a la manera en que funcionan instrumentos procesales análogos europeos. También implicó esa reforma la ampliación de los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, que son procesos jurisdiccionales a través de los cuales se resuelven conflictos competenciales y de atribuciones de carácter constitucional entre órganos, poderes y entidades del Estado. Si bien se encontraban previstas desde el texto original de la Constitución de 1917, durante 77 años de vigencia de este instrumento, sólo se presentaron cerca de 50 casos, en la mayoría de los cuales no se estudió el fondo, lo que se explica debido al sistema unipartidista que caracterizó a México a lo largo del siglo XX.

Una cuestión trascendente en la regulación de estos instrumentos es la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes con efectos generales para el futuro, lo cual rompe con el esquema del juicio de amparo mexicano que prevaleció desde su creación en el siglo XIX, cuyas sentencias sólo protegían al caso particular.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha establecido que, si bien es cierto que el juicio de amparo constituye el instrumento protector de la parte dogmática de la Constitución, también a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, que fueron diseñadas fundamentalmente para proteger la parte orgánica de la misma, pueden protegerse derechos fundamentales.

Por otra parte, en los últimos años se han venido creando, desarrollando y perfeccionando institutos jurídicos tanto jurisdiccionales y de protección administrativa tendientes a contribuir hacia una protección constitucional completa y más eficaz, y que recién inicia un proceso que habrá de definir su debida articulación normativa.

Paradójicamente, la configuración plurifuncional del juicio de amparo mexicano no ha sido suficiente para la adecuada protección de los derechos humanos en México, por lo que a principios de la década de los noventa se hizo necesaria la creación de todo un sistema no jurisdiccional de protección, y que subsiste en la actualidad.

*Paradójicamente,
la configuración
plurifuncional del
juicio de amparo
mexicano no ha sido
suficiente para la
adecuada protección
de los derechos
humanos en México...*

Otro aspecto interesante es la tendencia, a partir del año 2000, de desarrollar sistemas de justicia constitucional local en diversas entidades federativas de la República Mexicana, como se pone en evidencia con las reformas a las Constituciones locales de Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Guanajuato, Nuevo León, entre otras,¹ que prevén distintos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal (sea al pleno o a una sala constitucional o sala superior), tomando como parámetro de control el principio de supremacía constitucional local.

Esta supremacía constitucional local no ha sido suficientemente construida por la doctrina y la jurisprudencia mexicana, a pesar de que el tradicional juicio de amparo tuviera su origen, como lo hemos dicho, en la Constitución yucateca de 1841. Los vientos contemporáneos del constitucionalismo mexicano implican una nueva lectura al Artículo 41 de la Constitución federal,² con el objeto de armonizar el actual sistema de control de la constitucionalidad previsto a nivel federal y los que tíbiamente comienzan a resurgir en las entidades federativas.

Los sistemas de jurisdicción constitucional locales que vienen floreciendo a partir del año 2000, prevén, entre otros instrumentos, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, además de juicios para la protección de derechos humanos en el ámbito local (Veracruz y Tlaxcala) e incluso otros medios de control que no existen a nivel federal como las acciones por omisión legislativa o las cuestiones de inconstitucionalidad. Además, en Coahuila existe una suerte de *control difuso* "que está en discusión su aplicabilidad en este momento", al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso

1 En la Constitución del estado de Chihuahua, por ejemplo, existe el Artículo 105, que establece que "Corresponde a la Sala de Control Constitucional la revisión de las resoluciones de los jueces de primera instancia y de las salas unitarias del Supremo Tribunal de Justicia, mediante las cuales se determine la inaplicación de las normas jurídicas, por considerarlas contrarias a los contenidos de la Constitución Política del Estado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, con arreglo a esta última. Cuando la inaplicación a que se refiere el párrafo anterior la determinen las salas colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia, las atribuciones de la Sala de Control Constitucional serán ejercidas directamente por el Pleno. [Artículo reformado mediante Decreto No. 1182-2013 IX RE. publicado en el P.O.E. No. 52 del 29 de junio de 2013]. En varios estados existen propuestas de reformas a las constituciones locales para introducir instrumentos de control de la constitucionalidad y una magistratura especializada.

2 En el Artículo 41, párrafo primero, de la actual Constitución federal se encuentra el germen de lo que podrían desarrollar los estados, al señalar: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los Estados.

La Corte Interamericana se constituye como un órgano jurisdiccional autónomo del sistema interamericano integrado por siete jueces, cuyo objeto esencial es la interpretación y aplicación de la Convención Americana, así como de sus protocolos adicionales (en materia de derechos económicos, sociales y culturales), y de la abolición de la pena de muerte y algunas Convenciones.

concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva.

A partir de la segunda posguerra se han creado sistemas para la protección de los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con un carácter subsidiario y complementario a los establecidos en los ordenamientos internos, lo que ha producido la "internacionalización de los derechos humanos" y, con ello, la creación de organismos jurisdiccionales transnacionales especializados en la materia, lo que dio origen a la dimensión que Cappelletti bautizara como *la justicia constitucional supranacional*.

En Latinoamérica, paulatinamente también se fueron creando organismos jurisdiccionales supranacionales. Sin embargo, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que tiene mayor relevancia.

Siguiendo el modelo europeo, paulatinamente se configuró el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya culminación puede decirse representa la Corte Interamericana, con sede en San José, Costa Rica, establecida como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José" (suscrito en 1969) y comenzando sus funciones en 1979.

La Corte Interamericana se constituye como un órgano jurisdiccional autónomo del sistema interamericano integrado por siete jueces, cuyo objeto esencial es la interpretación y aplicación de la Convención Americana, así como de sus protocolos adicionales (en materia de derechos económicos, sociales y culturales), y de la abolición de la pena de muerte y algunas Convenciones.

México se convirtió en parte de la Convención Americana en 1981 y aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte en diciembre de 1998, con una reserva *rationae materiae*:

Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención

*La institución de
amparo se ha quedado
en un discurso jurídico
opacado por las
cuestiones políticas que
gobiernan a nuestro
país y ha ocasionado
que tan importante
medio de control, como
está establecido en la
exposición de motivos,
quede limitado a
tecnicismos jurídicos
de procesabilidad,
cuestiones competenciales
erróneas, y una serie de
limitantes jurídicas que
desvirtúan la génesis
del mecanismo de
protección.*

Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62.1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**EL NUEVO PARADIGMA
DEL JUICIO DE AMPARO BAJO
EL MATIZ DE LA REFORMA
A LA LEY DE AMPARO**

La doctrina especializada en protección de derechos humanos converge en el punto de que es necesaria la existencia, en el derecho positivo de cada Estado, de mecanismos que garanticen y sean eficaces en la observancia del cumplimiento de derechos humanos por parte de los entes de autoridad y que cumplan con la meta de preservar un Estado de Derecho que converja en el bien común de sus gobernados.

La reforma a la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107, es una consecuencia jurídica de la propia constitucional de 2011, en la cual se esgrimieron aspectos fundamentales que ampliaron el espectro protector de la esfera de derechos humanos de los gobernados, además de la adhesión constitucional de los Tratados Internacionales. En consecuencia, y para estar acorde a dicha sinergia, se tuvo la necesidad de hacer modificaciones a la ley de amparo para regular la protección de derechos fundamentales bajo los nuevos parámetros; derivado de dicha modificación del Constituyente permanente, en marzo del año en curso fue publicada la nueva ley de amparo. El citado producto legislativo, hay que reconocer, desarrolló conceptos novedosos e institucionales que tienden en la práctica a ampliar en cierta parte los derechos fundamentales consagrados por el Estado Mexicano, pero dichas modificaciones no fueron las idóneas, lo que ocasionara un camino tortuoso para aquellos que consideran que hubo afectación a sus derechos humanos y ven al juicio de Garantías como el mecanismo de protección de los mismos.

La institución de amparo se ha quedado en un discurso jurídico opacado por las cuestiones políticas que gobiernan a nuestro país y ha ocasionado que tan importante medio de control, como está establecido en la exposición de motivos, quede limitado a tecnicismos jurídicos de procesabilidad, cuestiones competenciales erróneas, y una serie de limitantes jurídicas que desvirtúan la génesis del mecanismo de protección.

El juicio de amparo, producto trascendental de genio jurídico mexicano y considerado un hito de la defensa de derechos humanos, ha sucumbido ante el exceso de tecnicismos y aberraciones jurídicas que lo han hecho un viacrucis de complejidad, y que lo ha llevado a abandonar la senda de su fin, la cual consiste en ser una garantía de la protección de aquellos derechos fundamentales para el gobernado.

CONCLUSIÓN

Un juicio de amparo eficaz, sencillo, asequible y carente de burocracia, es el modelo a seguir para pensar que en dicha institución recaiga la misión de ser el mecanismo por excelencia de protección de derechos humanos en el Estado Mexicano, pero a juicio del suscrito y con el conocimiento de las reformas a la ley que vivimos, tan honrosa institución está destinada a ser un discurso utópico que carecerá de herramientas para ser un medio eficaz de protección de derechos fundamentales.

Nuestro país, en tiempos modernos, ha exaltado el cumplimiento de los derechos humanos en cada uno de los actos de autoridad, y en ese mismo tenor debería observar que el sistema que garantice el cumplimiento de dichos derechos, sea un proceso jurisdiccional carente de tecnicismos y al alcance de cualquier gobernado que considere que el gobernante afectó su esfera jurídica protegida, y por ende, el juicio de amparo debería jugar ese papel predominante de salvaguardar los derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior, se debe visualizar una institución garante de los derechos humanos reconocidos en cualquier instrumento jurídico, ya sea nacional o internacional de protección de los derechos mínimos fundamentales, y no sólo un mecanismo de protección ligado a la fuente que le dio origen, como lo es nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



Política editorial de

HEURÍSTICA

JURÍDICA

La revista tiene como finalidad difundir el conocimiento jurídico, predominantemente el generado en la UACJ.

REQUISITOS PARA QUE UN TRABAJO PUEDA SER DICTAMINADO PARA SU PUBLICACIÓN:

1. Los trabajos deben ser inéditos.
2. La extensión del trabajo será de mínimo tres y de máximo 25 cuartillas.
3. Los textos deben entregarse en letra arial de 12 puntos.
4. Los trabajos deben entregarse por un medio electrónico (correo o archivo de ese tipo).
5. Los trabajos contendrán:
 - a) Título.
 - b) Subtítulo (si lo hubiere, separado con un punto y seguido del título).
 - c) Nombre completo del autor o coautores.
 - d) Cargo del autor y programa al que está adscrito.
 - e) Las citas textuales deben aparecer entrecomilladas.
 - f) Notas a pie de página:
 - Apellidos del autor.
 - Nombre del autor.
 - Título de la obra en cursivas.
 - Editorial.
 - Lugar de edición.
 - Año de edición.
 - Número de la página.
 - Todo separado con puntos o comas.
6. Los apartados irán numerados o con letras negritas.
7. Si el trabajo contiene imágenes o gráficas, el autor del artículo será el responsable por los derechos de autor de los mismos.
8. El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva del autor o autores y no del comité editorial, ni del director de la revista ni de la universidad.
9. En caso de duda el comité editorial resolverá y su resolución será irrecurrible.
10. Correo electrónico: *heuristicajuridica@hotmail.com*

UACJ