

34

REFORMA JUDICIAL

REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA

Julio-Diciembre de 2019



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Director

Dra. Issa Luna Pla
Secretaria académica

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, núm. 34, julio-diciembre de 2019, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5556227474, correo electrónico: refjudi@gmail.com. Editor responsable: Hugo A. Concha Cantú. Número de reserva de derechos al uso exclusivo de título: 04-2014-121810320200-102. ISSN 1870-0586. Número de certificado de licitud de título: en trámite. Número de certificado de licitud de contenido: en trámite.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Óscar Martínez González
Apoyo editorial

REFORMA JUDICIAL. REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA

Mtro. Hugo A. Concha Cantú
Director

Brandon Mitza Flores Trujillo
Subdirectora

Lic. Raúl Márquez Romero
Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

CONSEJO EDITORIAL

Jorge Carpizo McGregor † (México); Francisco Fernández Segado (España); Héctor Fix-Zamudio (México); Antoine Garapon (Francia); Sergio García Ramírez (México); Waleed Haider Malik (Estados Unidos); José de Jesús Orozco Henríquez (México); Rogelio Pérez Perdomo (Estados Unidos); Juan Silva Meza (México); José Luis Soberanes Fernández (México); Diego Valadés (México); Russell R. Wheeler (Estados Unidos).

COMITÉ TÉCNICO

Jorge Adame Goddard; Marian Ahumada; Cecilia Azar; Marcelo Bergman; Miguel Bonilla; José Antonio Caballero Juárez; Miguel Carbonell Sánchez; Jorge Carmona; Óscar Correas; Angélica Cuéllar; Enrique Díaz Aranda; Héctor Fix-Fierro; Alfonso Fragoso; Rodrigo Gutiérrez Rivas; Pilar Hernández; Olga Vera Islas y Magallanes; Gerardo Laveaga; Sergio López-Ayllón; Ana Laura Magaloni; Juan Carlos Marín Antonio Muñoz Cano; Carlos Faustino Natarén Nandayapa; María Novoa; José Ovalle Favela; Luis Pásara; Pedro Salazar Ugarte; Miguel Sarre; José María Serna de la Garza; Julio César Vázquez Mellado; Ernesto Villanueva; Arturo Zaldívar.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, se solidarice con su contenido.

Número de reserva al título en Derechos de Autor
(versión electrónica): 04-2015-092910044700-203
Número de certificado de licitud de título: en trámite.
Número de licitud de contenido: en trámite.

Primera edición: 13 de diciembre de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISSN 1870-0586

CONTENIDO

Editorial	VII
---------------------	-----

EL PODER JUDICIAL: SU NORMATIVIDAD Y FUNCIÓN

El principio de legalidad en materia penal (análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)	3
Miguel CARBONELL	
Regulación de la responsabilidad patrimonial por error judicial en México	29
Nathaly MENDOZA ZAMUDIO	
Desafíos del debido proceso penal en la diversidad cultural	47
Manuel Gustavo OCAMPO MUÑOA	

LA JUSTICIA DESDE UN ENFOQUE COMPARATIVO

¿Son internacionales los derechos fundamentales? Estudio sobre la validez, protección y exigibilidad extraterritorial de los derechos constitucionales	65
Carlos Manuel ROSALES	

CONTENIDO

DOCUMENTOS

Discurso de investidura como ministra de la SCJN por Yasmín Esquivel Mossa	91
The Autonomy of Non-Elected Public Bodies and the Nature of Populist Governments	97
Cesare PINELLI	

EDITORIAL

Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia presenta en esta edición la publicación de su número 34 correspondiente al segundo semestre del año en curso, 2019.

En la sección *El Poder Judicial: su normatividad y función* encontrarán tres artículos: el primero cuyo título es “El principio de legalidad en materia penal (Análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)”, escrito por Miguel Carbonell, desarrolla el principio de legalidad en materia penal desde un enfoque garantista, como medio de control entre el actuar del juzgador frente al gobernado, a partir de tres aspectos fundamentales como lo son reserva de ley, la taxatividad penal y la prohibición del principios de analogía en materia penal.

En segundo lugar, se encuentra el artículo titulado “La regulación de la responsabilidad patrimonial por error judicial en México” escrito por Nathaly Mendoza Zamudio. Este artículo busca estudiar las medidas que el Estado debe aplicar para subsanar un mal desempeño de los órganos jurisdiccionales bajo cuatro condiciones. Al mismo tiempo, examina el marco jurídico mexicano y su influencia en las convenciones internacionales para determinar cuál es el nivel de respuesta que cualquiera de los órdenes de gobierno pueden ofrecer al ciudadano afectado por la negligencia de los juzgadores.

En el tercer artículo, “Desafíos del debido proceso penal en la diversidad cultural”, escrito por Manuel Gustavo Ocampo Muñoa, se realiza una exposición bajo ocho puntos sobre las discrepancias entre el debido proceso penal y los sistemas normativos de las comunidades indígenas; específicamente, en el estado de Chiapas, haciendo énfasis en la flagrante discriminación y la nula creación de políticas públicas de inclusión por parte del Estado mexicano en favor de los pueblos originarios. Este artículo tiene como objetivo principal proponer la creación de pautas y componentes interculturales que garanticen el acceso a la justicia para los ciudadanos de éste y demás pueblos originarios.

En la sección *La justicia desde un enfoque comparativo* publicamos el artículo “¿Son internacionales los derechos fundamentales? Estudio sobre la validez, protección y exigibilidad extraterritorial de los derechos

EDITORIAL

constitucionales”, escrito por Carlos Manuel Rosales. Éste busca analizar y dar respuesta al conflicto generado por el ámbito territorial de los derechos humanos, desde dos directrices: la primera, que algunos derechos humanos reconocidos en gran variedad de cuerpos normativos alrededor el mundo, negaría una equidad entre las garantías de los nacionales frente a los derechos asistenciales de un extranjero; o bien, la segunda como la posibilidad de reclamar internacionalmente la satisfacción de los derechos fundamentales, tomando en cuenta el principio de universalidad de los derechos humanos y considerando si esto podría resultar en una vulneración a la soberanía, orden normativo y facultades discrecionales de cada Estado.

En el apartado de *Documentos*, presentamos dos textos de enorme relevancia: el primero de ellos es la versión taquigráfica del “Discurso de investidura de la ministra Yazmin Esquivel Mossa como ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, del pasado mes de marzo. El discurso de la hoy ministra inicia resaltando la importancia de la Constitución y el catálogo de garantías que ofrece, y, a su vez, da fe del trato cálido recibimiento ofrecido por sus compañeros tras su llegada al máximo órgano de justicia en México.

Por último, tenemos el documento que contiene la ponencia “The Autonomy of Non-Elected Public Bodies and the Nature of Populist Governments” del profesor Cesare Pinelli, académico de la Universidad de Roma La Sapienza y constitucionalista miembro de la Comisión de Venecia, con motivo de su visita a México, en el marco del seminario titulado “Equilibrios, continuidades y autonomías: retos de la práctica democrática” que se celebró en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Esta ponencia hace referencia a las autoridades independientes dentro de una democracia constitucional, los desafíos que estas autoridades están enfrentando actualmente con las democracias constitucionales.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA)

Miguel CARBONELL

Resumen: Este texto realiza una revisión al principio de legalidad y reserva de ley en materia penal establecida en el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución, bajo tres principios: la reserva de ley, taxatividad en materia penal y prohibición de interpretación por analogía. Estos tres principios son fundamentales para la composición de una interpretación garantista al precepto constitucional que es el objeto central de este documento. Además, se aborda la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales como límite en el actuar del legislador en materia penal.

Palabras clave: principio de legalidad, reserva de ley, derecho penal, garantismo, taxatividad, interpretación jurídica, Poder Judicial, tribunales, aplicación, proporcionalidad.

Abstract: *This paper reviews the principle of legality and the principle of “legal reserve” on criminal matters, as established in the third paragraph of article 14 of our Constitution. This analysis is made through the perspective of three principles: legal reserve, legal certainty in criminal matters and the prohibition of analogy as a method of interpretation. These three principles are fundamental to the composition of a protective form of interpretation of the Constitution, which is the central subject of this document.*

In addition, it addresses the possibility to applying the principle of proportionality to the criminal laws as a legislative limit on criminal matters.

Keywords: *legality, legal reserve, criminal law, legalism, formalism, legal principles, legal certainty, judicial power, courts, implementation, proportionality, interpretation.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reserva de ley.* III. *Taxatividad.* IV. *Prohibición de analogía.* V. *Proporcionalidad y legislación penal.*

MIGUEL CARBONELL

I. INTRODUCCIÓN

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional establece el principio de legalidad en materia penal. Es uno de los temas más clásicos en el ámbito del debido proceso, pues es en el campo de lo penal donde tales derechos se han violado con mayor intensidad en la historia de la humanidad. De hecho, una de las más importantes reivindicaciones del pensamiento ilustrado a partir del cual se comienzan a estructurar los modernos Estados constitucionales es la racionalización del poder penal y la humanización de las penas.

Las primeras corrientes del pensamiento en favor de los derechos humanos estuvieron enfocadas justamente a racionalizar y limitar el poder punitivo del Estado. Tales doctrinas, desarrolladas en la segunda mitad del siglo XVIII, eran consecuencia, en buena medida, de la tendencia más general a la secularización del Estado y a la separación entre el poder religioso y el poder político. Se trataba de separar con nitidez el campo del delito del que correspondía al pecado, de distinguir entre la pena y la penitencia, que durante la Edad Media habían caminado frecuentemente de la mano. Luis Prieto resume, en un párrafo brillante, el proceso evolutivo del derecho penal como consecuencia de la secularización:

Esa secularización supone, como es obvio, una propuesta en favor de la destipificación de los delitos religiosos, pero, más allá, supone también una nueva concepción del derecho penal y procesal, que alcanza de forma global a todos sus aspectos desde una perspectiva utilitaria. De entrada, el objeto del ordenamiento penal ya no puede ser la expiación del pecado o la cura de la enfermedad moral que revela el crimen, sino la tutela del derecho ajeno mediante la represión de las conductas externas lesivas de tales derechos; sólo los actos externos que atenten contra otras personas o contra la sociedad, no los pensamientos ni los meros vicios morales, pueden ser objeto de represión, pues a ello se reducen las exigencias de utilidad social. La pena ha de ser asimismo útil para la prevención del delito, proporcional al mismo, y sólo con el grado de severidad imprescindible para conseguir sus fines. La tipificación de los delitos y de las penas ha de corresponder, a su vez, a leyes simples, claras, taxativas e irretroactivas, de manera que su aplicación garantice la máxima certeza posible, eliminando la discrecionalidad circunstancial tanto del juez como del soberano. Finalmente, el proceso ha de abandonar el modelo inquisitivo dominado por el secreto y la prueba legal, y donde el juez aparece como un enemigo del inculpado, para acoger el modelo acusatorio e informativo, basado en la imparcialidad del juez, en la publicidad y contradicción entre las partes, en la libre convicción judicial a partir de un material probatorio acumulado

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

bajo los principios de presunción de inocencia y de igualdad entre acusación y defensa.¹

El párrafo tercero del artículo 14 abre una amplia serie de disposiciones constitucionales referidas al derecho penal, que se encuentran tanto en el propio artículo 14 como en el 16, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Se trata de cuestiones que afectan al núcleo mismo de la autonomía personal y que, por tanto, deben estar especialmente reguladas por el ordenamiento jurídico y, en particular, tuteladas por los derechos fundamentales, sobre todo teniendo en cuenta los enormes atropellos contra la dignidad humana que, como ya se ha mencionado, se han cometido y se siguen cometiendo mediante el uso del poder represivo del Estado.

El texto del párrafo tercero del artículo 14 constitucional es el siguiente: “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 que se trata”.

De este párrafo conviene estudiar tres aspectos distintos en los que se concreta el principio de legalidad en materia penal: a) la reserva de ley en materia penal; b) el principio de taxatividad penal, y c) la prohibición de analogía, dentro de cuya exposición haremos referencia también al principio de mayoría de razón.

Adicionalmente, también abordaremos la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad a las leyes penales, cuestión que no está expresamente establecida en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, sino en el primer párrafo del artículo 22 (adicionado mediante el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008).

Aunque el párrafo tercero del artículo 14 se refiere específicamente a la materia penal, debe entenderse —en una interpretación garantista— que sus principios deben observarse en todas las materias que sean susceptibles de imponer sanciones a los particulares, tal como ya fue explicado; así pues, los principios de reserva de ley, de taxatividad y de proporcionalidad se deben entender como aplicables al derecho administrativo sancionador y al derecho electoral sancionador, por mencionar solamente dos casos.

¹ “Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos”, en López García, José Antonio y Real, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 43.

MIGUEL CARBONELL

II. LA RESERVA DE LEY

El principio de legalidad en materia penal, que tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley, surge en el ámbito del pensamiento iluminístico-liberal, cuando se piensa que para salvaguardar adecuadamente la libertad de los ciudadanos se tenía que reservar a los órganos legislativos el poder para la creación y promulgación de disposiciones penales.² Aunque ya existía en algunos textos normativos anteriores, no es sino hasta el siglo XVIII cuando se universaliza y comienza a concebirse como un verdadero derecho individual.³

En el mismo sentido de lo que defiende J. J. Rousseau en *El contrato social*, el Marqués de Beccaria en su famoso ensayo *De los delitos y de las penas* sostenía que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad”.⁴

En general, la reserva de ley puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución, y de forma excepcional la ley, para que sea justamente una ley y no otra norma jurídica la que regule una determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.

La reserva de ley, siempre que se trate de un Estado que cuente con una Constitución rígida, presenta dos aspectos: por una parte, prohíbe la intervención, en las materias reservadas, de fuentes subordinadas a la ley o sublegislativas; por otra, y tal como se explica enseguida, prohíbe en ciertos casos al legislador reenviar la regulación de esas materias a otras fuentes distintas a la ley.

Si la reserva de ley es establecida precisamente por una ley o norma de rango legal su efecto será provocar la ilegalidad —y en México, por vía de consecuencia inmediata, la inconstitucionalidad— de los reglamentos o de cualquier otra norma sublegislativa que entre a regular

² Sobre las motivaciones originales del principio de legalidad véase Jesch, Dietrich, *Ley y administración*, Madrid, 1978 y Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, pp. 465 y ss., especialmente p. 468.

³ Jiménez de Asua, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4a. ed., Buenos Aires, 1964, p. 387.

⁴ Traducción de Las Casas (1774), Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 14.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

esa materia. Dichas normas inferiores adolecerían de un “vicio de competencia”.

Sin embargo, si la reserva de ley es establecida por la Constitución, el efecto será también el de la imposibilidad de los reglamentos, pero en este caso, además, el Poder Legislativo no podrá prever o autorizar a los poderes reglamentarios del EEjecutivo para regular dicha materia, sino que tendrá que hacerlo por sí mismo; cuando la Constitución dispone que sea el Poder Legislativo el que regule una cierta materia, se entiende que dicha regulación tiene que ser “efectiva”, es decir, completa, suficiente y no puede servir como excusa para trasladar una facultad del legislativo a otros órganos.⁵

Las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a la regulación de la conducta humana, sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación.

Igualmente, las reservas son normas sobre la competencia en tanto que la misma técnica de la reserva de ley consiste en una distribución —o asignación— de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el Poder Legislativo) para dictar normas en una materia concreta.

De forma congruente con lo anterior, Luis Prieto señala que “En materia penal... sólo la ley es competente para determinar *qué prohibir y cuánto castigar*... (Por lo que) es delito todo lo tipificado en una ley penal, pero sólo lo tipificado en una ley penal”.⁶

En la actualidad, la reserva de ley cumple una doble función: por un lado, una función de carácter liberal o garantista y, por otro, una función democrática.

- a) *La función liberal o garantista* consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad por virtud de una “ley”, no por actos del ejecutivo que no tengan sustento legal.⁷ Por eso, se ha dicho que

⁵ Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, 2a. ed., Lima, Ediciones Legales, 2017, pp. 220-223.

⁶ Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, México, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2018, pp. 78 y 79.

⁷ Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, cit., pp. 217-219.

MIGUEL CARBONELL

todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.

- b) *La función democrática* tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del Poder Legislativo, el cual es representativo de las mayorías —como sucede, desde luego, con el Poder Ejecutivo, al menos en los sistemas presidenciales de gobierno—, pero también de las minorías políticas de un Estado. En palabras de Manuel Aragón:

Entendida la democracia como democracia pluralista, el Parlamento como órgano de representación de todo el pueblo y el gobierno sólo como órgano de representación de la mayoría, la reserva a la ley de determinadas materias no significa sólo la reserva al órgano más (directamente) democrático, sino también al órgano que por contener la representación de la pluralidad de opciones políticas permite que todas ellas (y no sólo la opción mayoritaria) participen en la elaboración de la norma.⁸

El problema de mayor entidad que tienen hoy frente a sí la teoría y la práctica de la reserva de ley, no es ya el de delimitar cuáles son las materias que se encuentran sujetas a la reserva, sino el de saber hasta qué punto debe desarrollar el legislador parlamentario una materia reservada y hasta qué punto esa materia puede ser “entregada” a la reglamentación del Poder Ejecutivo. Como señala Baño León “lo que preocupa en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra es si el legislador tiene límites para pedir la colaboración del reglamento en las materias reservadas”.⁹

Es importante subrayar que la reserva de ley en materia penal solamente abarca el campo de la determinación de conductas punibles y el del establecimiento de sus respectivas consecuencias jurídicas, ya que fuera de esos dos temas la ley puede remitir al reglamento otras cuestiones que también tienen que ver con la materia penal. Así, por ejemplo, los reglamentos —siempre previa remisión de la ley— pueden regular lo

⁸ Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 126.

⁹ Baño León, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991, p. 21. Con razón se ha señalado que tan ilegítimo es que un reglamento del Poder Ejecutivo entre a regular una materia reservada a la ley, como que el propio Poder Legislativo otorgue competencia reguladora al Ejecutivo en aquellas áreas que la Constitución ha querido que sean reservadas a la “efectiva” regulación legislativa, *cf.* Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 115. En Italia, sin embargo, tanto la doctrina como la Corte Constitucional han distinguido entre reservas “absolutas” y reservas “relativas” para describir la imposibilidad total o parcial de actuación de normas infralegales en algunas materias, Guastini, *Le fonti... cit.*, p. 117; véase también, Guastini, Riccardo, “Legge (riserva di)”, *Digesto*, 4a. ed., vol. IX, Turín, 1994.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

relativo a la organización interna de los establecimientos penitenciarios¹⁰ o al funcionamiento concreto de los centros que atienden a los adolescentes en conflicto con la ley penal.¹¹

Ya apuntábamos que el principio de legalidad en materia penal tiene como una de sus consecuencias a la reserva de ley que los tipos penales y las consecuencias jurídicas de las conductas por ellos descritas estén establecidos en una ley, pero el principio de legalidad penal no se agota con la reserva, sino que se manifiesta en otras cuestiones que, además, pueden desprenderse también del párrafo tercero del artículo 14 constitucional; de este precepto pueden desprenderse al menos el principio de taxatividad penal, la prohibición de utilizar la analogía en esta materia y el principio de proporcionalidad, que siendo un principio general aplicable a todo el sistema de derechos fundamentales, tiene también una especial relevancia para la materia penal, como lo veremos más adelante.

III. TAXATIVIDAD

El artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución señala que para que se pueda aplicar una sanción penal debe existir una ley “exactamente” aplicable a la conducta de que se trate. A partir de esa disposición podemos extraer un elemento “cualitativo” de la ley penal que vendría exigido por la Constitución; en efecto, para que una ley sea “exactamente” aplicable a una cierta conducta debe tener ciertas “cualidades” lingüísticas, pues es seguro que no toda descripción lingüística tendría la posibilidad de ser aplicada con exactitud a la conducta humana.

Así, por ejemplo, consideremos un enunciado normativo que dijera lo siguiente: “Se impondrán de cinco a siete años de prisión a la persona que se comporte de manera dañina respecto a otras personas o que altere el bienestar general de la sociedad”; con esa descripción, ¿cómo podría el juez realizar una “exacta” aplicación si los supuestos normativos están claramente indeterminados, son vagos y polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

¹⁰ Véase la Ley Nacional de Ejecución Penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

¹¹ Véase la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, también publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.

MIGUEL CARBONELL

La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realice. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.¹²

Luigi Ferrajoli describe el principio de taxatividad penal (que también se puede llamar “principio de estricta legalidad”) con las siguientes palabras:¹³

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal* que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras no vagas ni valorativas, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser *connotadas* por la ley mediante *propiedades o características esenciales* idóneas para determinar su *campo de denotación* (o de aplicación) de manera *exhaustiva*, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera *exclusiva*, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes.

De manera parecida, Luis Prieto apunta que:

La taxatividad supone por tanto que las leyes penales sean claras y precisas, y que prescindan de apelaciones a conceptos centralmente vagos o que incorporen juicios de valor (mala conducta, inmoralidad, peligrosidad) a fin de que en su aplicación puedan formularse aserciones refutables y pueda en consecuencia mantenerse la concepción cognitiva y no volitiva de la jurisdicción; pues para que un hecho probado pueda calificarse jurídicamente como delito es preciso que la premisa normativa justamente

¹² Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21. Véase, también, Moreso, José Juan, “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 525 y ss., en donde se plantea la interesante discusión sobre la distinta forma en que la taxatividad se aplica a los tipos penales y a las causas de justificación de ciertas conductas penalmente relevantes.

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 121.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

consista o incorpore referentes empíricos susceptibles de constatación, de modo que permita afirmar que aquellos hechos particulares son un caso del hecho genérico tipificado, es decir que se corresponden (son verdaderos) con lo previsto en la ley.¹⁴

Las propiedades o características esenciales que debe contener una ley para cumplir con el principio de taxatividad penal son parecidas, en alguna medida, a las que derivan del principio de reserva de ley, aunque van más allá: dichas características se pueden resumir en el concepto de elementos constitutivos del delito, es decir, en la acción (que debe ser exterior y empíricamente visible), en su efecto o resultado (que debe consistir en un daño tangible) y en la culpabilidad (que debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo).¹⁵

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionen penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran de consecuencias jurídicas también indeterminadas.

El principio de taxatividad ha sido reconocido por distintos tribunales nacionales e internacionales. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que “La norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones y el tipo y el grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “Una norma no puede ser considerada «ley» a menos que esté formulada con suficiente precisión para permitir al ciudadano regular su conducta: debe ser capaz —con asesoramiento jurídico, si es necesario— de prever, en un grado razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que pueden derivarse de una determinada acción”.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho valer la doctrina de la “nulidad por vaguedad” para asegurar un estándar mínimo de calidad en la legislación penal, considerando que una norma vaga es contraria a la Constitución norteamericana; una norma es vaga según el criterio de la Corte cuando “hombres de inteligencia común deben necesariamente aventurar cuál es su significado y discrepar acerca de su aplicación”.¹⁶

¹⁴ Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., pp. 82 y 83.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 121.

¹⁶ Los pronunciamientos citados se encuentran recogidos en Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 22-25.

MIGUEL CARBONELL

La idea de que las leyes en general, y las leyes penales en particular, deben ser claras y precisas no es nueva; estaba ya presente en el pensamiento de la Ilustración, que con tanto énfasis intentó racionalizar y secularizar al máximo el poder punitivo del Estado.¹⁷ Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Beccaria y muchos otros pensadores coincidieron en la necesidad de que las leyes fueran breves, claras y sencillas, al alcance del entendimiento promedio de cualquier persona.¹⁸ Era una de las muchas formas por medio de las cuales el pensamiento ilustrado intentaba disminuir las posibilidades de una aplicación arbitraria del derecho penal.

En concreto, Beccaria considera que la oscuridad de las leyes es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.¹⁹

La jurisprudencia mexicana sobre el principio de taxatividad ha ido evolucionando muy lentamente. Aunque en el pasado nuestros jueces federales fueron excesivamente deferentes con el legislador (pese a las evidentes fallas de técnica legislativa de las que adolecían y que siguen adoleciendo muchas normas penales, violando con ello la exigencia de taxatividad), ya podemos encontrar algunos pronunciamientos que se toman seriamente lo que ordena la Constitución en la materia que estamos analizando. Un ejemplo claro de ello es la siguiente tesis (énfasis añadido):

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por

¹⁷ Como señala Luis Prieto, a través del principio de taxatividad penetran en el derecho penal “el racionalismo y la secularización: los tribunales humanos sólo pueden juzgar los hechos susceptibles de verificación empírica; el juicio sobre los pensamientos, sobre los rasgos del carácter, sobre las meras tendencias, pertenece al tribunal divino”, *La filosofía penal de la Ilustración*, cit., p. 43.

¹⁸ Las citas pertinentes de sus obras se encuentran en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 179 y 180.

¹⁹ Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza, 1998, p. 38.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, *al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito*; esta descripción no es otra cosa que *el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado*. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, *la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación*. Así, *el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma*. Sin embargo, lo anterior no implica que para salvaguardar el principio de exacta aplicación de la pena, el legislador deba definir cada vocablo o locución utilizada al redactar algún tipo penal, toda vez que ello tornaría imposible la función legislativa. Asimismo, a juicio de esta Primera Sala, es necesario señalar que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas, así como sus posibles destinatarios. Es decir, la legislación debe ser precisa para quienes potencialmente pueden verse sujetos a ella. En este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la norma tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento. El principio de taxatividad no exige que en una sociedad compleja, plural y altamente especializada como la de hoy en día, los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos, específicamente tratándose de aquellos respecto de los cuales no pueden ser sujetos activos, ya que están dirigidos a cierto sector cuyas pautas de conducta son muy específicas, como ocurre con los tipos penales dirigidos a los miembros de las Fuerzas Armadas.

No son muchos los casos en los que se ha concluido con la declaratoria de inconstitucionalidad de algún tipo penal por resultar violatorio del mandato de taxatividad, pero uno de ellos se puede observar en la siguiente tesis:

FALSEDAD DE DECLARACIÓN RENDIDA ANTE AUTORIDAD DISTINTA DE LA JUDICIAL. EL ARTÍCULO 247, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO, QUE ESTABLECE LA SANCIÓN APLICABLE A DICHO DELITO, VIOLA LA GARANTÍA DE EXACTA APLICA-

MIGUEL CARBONELL

CIÓN DE LA LEY PENAL. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. IX/95, de rubro: “EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, mayo de 1995, página 82, que la mencionada garantía, prevista en el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la ley, ya que el mandato constitucional exige, para su cabal cumplimiento, que también la ley sea concebida en forma tal que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos, delito y pena, sean claros, precisos y exactos, a fin de evitar confusión en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Ahora bien, en congruencia con tal criterio, debe decirse que al disponer el artículo 247, fracción I, del código punitivo citado que la sanción aplicable al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad, será de dos a seis años, en adición a una multa de cien a trescientos días de multa, viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque al establecer como sanción a la conducta típica consistente en falsedad de declaración rendida ante autoridad pública distinta de la judicial, “de dos a seis años”, el legislador no precisó debidamente la consecuencia jurídica del delito de que se trata, creando incertidumbre en la aplicación de la pena y permitiendo la actuación arbitraria de la autoridad encargada de imponerla, o de otras autoridades, quienes con base en interpretaciones contrarias a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, suponen que se trata de la pena de prisión. Además el mero establecimiento de un mínimo y un máximo de tiempo no conlleva, indefectiblemente, a considerar que la pena respectiva sea la de prisión, ya que no es ésta el único medio sancionatorio que la autoridad judicial puede imponer por un tiempo determinado, según se advierte del catálogo de penas contenido en el artículo 24 del referido Código Penal, que señala otras sanciones que pueden aplicarse por el mencionado periodo, a saber: tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado, suspensión de derechos, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos y vigilancia de la autoridad.²⁰

Otros ejemplos más recientes se pueden observar en las dos (muy interesantes, por cierto) tesis siguientes:

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 165 BIS, FRACCIONES I, IV Y VII, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

²⁰ Tesis 1ª XLI/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, Novena Época, Primera Sala, junio de 2001, p. 238.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

QUE LO PREVÉ, VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de legalidad reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que en la formulación de normas penales se cumpla con lo siguiente: a) la reserva de ley, por virtud de la cual los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material; b) la prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona; y, c) el principio de taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben estar previstas en la ley de forma clara, limitada e inequívoca, sin reenvío a parámetros extralegales, que implica la posibilidad de imponer penas por analogía o por mayoría de razón y la prohibición de tipos penales ambiguos. Por tal motivo, el legislador está obligado a estructurar de manera clara los elementos del tipo penal, delimitar su alcance de acuerdo con los bienes tutelados, determinar el sujeto responsable y sus condiciones particulares y especiales, así como las penas que deben aplicarse en cada caso. En razón de lo anterior, el artículo 165 bis, fracciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, al establecer que “Comete el delito contra la seguridad de la comunidad (...) quien sin causa justificada incurra en dos o más de los siguientes supuestos: I. Posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste ...; IV. Posea o se desplace o se le relacione con éste (...) uno o varios vehículos robados ...; VII. Posea, utilice o se le relacione con uno o varios vehículos sin placas ...”, genera problemas de interpretación lingüística por la ambigüedad y la vaguedad del significado que el juzgador puede asignar a la expresión “se le relacione”, toda vez que provoca dudas, incertidumbre y confusión al tratar de entender el contexto al que está referido; esta imprecisión o indeterminación de lo que debe comprenderse por el vínculo de “relación” entre el sujeto activo y el objeto, no permite distinguir con claridad la finalidad que persigue el supuesto jurídico. De manera que, ante la falta de objeto o fin determinado, respecto a qué debe entenderse por esa “relación”, la norma penal genera un vacío sobre los supuestos que colman la descripción típica y se transfiere al juzgador la elección de la actualización, que puede decidir a partir de apreciaciones subjetivas o interpretaciones abiertas y generales desde un esquema cerrado o estricto de aplicación o tan abierto que cualquier elemento de relación —objeto, subjetivo, concreto, abstracto, etcétera— es válido para colmar los supuestos hipotéticos descritos en la norma penal. Aunado a ello, también genera problemas para determinar si la “relación” con el objeto a que se refiere la norma penal, está vinculada con la autoría o participación del sujeto activo en la comisión del delito, porque también puede interpretarse que esa “relación” está determinada por una acción ilícita diversa, que pueda ser atribuida al mismo sujeto activo, como el robo del vehículo o las acciones desarrolladas para identificar un automóvil de forma ilegal. Consecuentemente el artículo 165 bis, frac-

MIGUEL CARBONELL

ciones I, IV y VII, del Código Penal para el Estado de Nuevo León, vulnera el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad.

ATENTADO CONTRA LA SEGURIDAD DE LA COMUNIDAD. EL ARTÍCULO 171 QUÁ-TER, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS, REFORMADO MEDIANTE DECRETO NO. LXII-256, PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE ESA ENTIDAD EL 9 DE JULIO DE 2014, QUE PREVÉ AQUEL DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y LEGALIDAD EN MATERIA PENAL, EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. El precepto aludido al sancionar con prisión de 7 a 15 años y multa de 200 a 400 días de salario, a quien sin causa justificada posea o porte, en su persona, en el vehículo en el que se encuentre o se le relacione con éste, o en el lugar donde se le capture, uno o varios instrumentos fabricados con clavos, varillas o cualquier otro material, que puedan ser utilizados para dañar o impedir el paso de los vehículos conducidos por particulares o por los elementos de las fuerzas armadas o las instituciones de seguridad pública, viola los principios de seguridad jurídica y legalidad en materia penal, en su vertiente de taxatividad, reconocidos por los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, derivado de la imprecisión con que está construido ese tipo penal, ya que: a) Basta con que alguien —sujeto indeterminado— posea o porte uno o varios instrumentos fabricados con esos materiales, para que probablemente sea objeto de sanción por parte del Estado; b) Permite la arbitrariedad en su aplicación, pues no obstante que en el párrafo primero se acote que incurrirá en el delito, quien “sin causa justificada” se ubique en la hipótesis descrita, esa sola referencia no origina la validez de la norma, pues lo cierto es que en definitiva deja al arbitrio de la autoridad investigadora o jurisdiccional decidir quién o quiénes pueden ser detenidos y posteriormente enjuiciados, por el simple hecho de traer consigo o en un vehículo motor, uno o varios de los citados instrumentos; c) Sanciona la portación o posesión de instrumentos de “cualquier otro material”, distinto a los clavos y varillas, lo que es ambiguo y genérico, toda vez que en este significado pueden encontrarse infinidad de materiales, cuya composición puede ser de goma, plástico, cristal o metal, sin que su simple tenencia —presentada en la forma acabada de un instrumento fabricado con cualquiera de esos elementos— adquiera el matiz criminal a la luz del derecho penal; y, d) Castiga también la portación o posesión “en el lugar donde se le capture” a la persona, lo que es vago, impreciso y genera confusión, ante la eventual interpretación de que sea factible que la transgresión penal se produzca dentro de un domicilio.

La jurisprudencia también ha sostenido que la simple falta de definición de algunos conceptos no puede acarrear la inconstitucionalidad de una ley; aunque se trata de una tesis que, al menos en apariencia, no se

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

refiere en concreto a la materia penal, es obvio que su utilización en algunos casos puede ir en contra del potencial controlador que el principio de taxatividad tiene sobre la actividad del legislador; la tesis mencionada es la siguiente:

LEYES. SU INCONSTITUCIONALIDAD NO PUEDE DERIVAR DE LA FALTA DE DEFINICIÓN DE LOS VOCABLOS O LOCUCIONES AHÍ UTILIZADOS, EN QUE EL LEGISLADOR PUEDA INCURRIR. Es cierto que la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción; sin embargo, de un análisis integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se llega a la conclusión de que ninguno de los artículos que la componen establece, como requisito para el legislador ordinario, el que en cada uno de los ordenamientos secundarios —considerando también a los de la materia penal— defina los vocablos o locuciones ahí utilizados. Lo anterior es así, porque las leyes no son diccionarios y la exigencia de un requisito así, tornaría imposible la función legislativa, pues la redacción de las leyes en general se traduciría en una labor interminable y nada práctica, teniendo como consecuencia que no se cumpliera, de manera oportuna, con la finalidad que se persigue con dicha función. De ahí, que resulte incorrecto y por tanto, inoperante, el argumento que afirme que una norma se aparta del texto de la Ley Fundamental, porque no defina los vocablos o locuciones ahí utilizados, pues la contravención a ésta se debe basar en aspectos objetivos que generalmente son los principios consagrados en ella, ya sea prohibiendo una determinada acción de la autoridad en contra de los particulares gobernados u ordenando la forma en que deben conducirse en su función de gobierno. Además, del análisis de lo dispuesto por los artículos 94, párrafo séptimo y 72, inciso f), de la Carta Magna, se advierte el reconocimiento, por parte de nuestro sistema jurídico, de la necesidad de que existan métodos de interpretación jurídica que, con motivo de las imprecisiones y oscuridades que puedan afectar a las disposiciones legales, establezcan su sentido y alcance, pero no condiciona su validez al hecho de que sean claras en los términos que emplean.²¹

Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo

²¹ Clave: 1a., Núm.: LXXXVII/2002. Amparo directo en revisión 258/2002. Gerardo Pérez Labariega. 11 de septiembre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

MIGUEL CARBONELL

indica Ferreres, “no se refiere a la «cantidad» de libertad, sino a su «calidad»: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.²²

Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden “criminalizar” y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad. Tomando en conjunto la taxatividad y la proporcionalidad podemos contar con estándares pertinentes para ir construyendo una legalidad penal constitucionalmente adecuada desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Respecto al principio de taxatividad la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente en el *caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*:

121. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

Obviamente, la taxatividad no debe ser excesiva, pues en caso de que el legislador intente una regulación extremadamente detallista corre el riesgo de producir una “infrainclusión”, la cual se genera “cuando, por un exceso de precisión o detalle en la descripción de las conductas típicas, quedan fuera del reproche penal comportamientos que de acuerdo con las razones justificatorias deberían estar incluidas”.²³

También se puede caer en el riesgo contrario, al producirse una “sobreinclusión”, la cual se genera cuando “determinadas conductas que no deberían ser objeto de sanción penal porque se consideran justificadas, no puedan sin embargo escapar al reproche”.²⁴ Esto último, si el legislador intenta detallar en exceso las conductas materiales que pueden suponer un ejercicio de legítima defensa, pues de esa forma habría

²² Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 45.

²³ Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., pp. 86 y 87.

²⁴ *Ibidem*, p. 87.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

quizá otras que quedarían fuera de la previsión legislativa y tendrían, en consecuencia, que ser objeto de sanción penal.

IV. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, cuyo texto ya se ha transcrito establece que no podrán imponerse, en los juicios del orden penal, penas por simple analogía o por mayoría de razón. Se trata de un mandato constitucional que sirve para reforzar el significado de los principios de reserva de ley y de taxatividad en materia penal.

Es decir, lo que nos indica el artículo 14 es que el juzgador en materia penal no puede acudir a métodos hermenéuticos como la analogía y la mayoría de razón para imponer una sanción penal y, en consecuencia, debe atenerse a lo que pueda resolver utilizando otros métodos interpretativos en los que se observe la reserva de ley (en el sentido de mandato constitucional por el que se excluyen del ámbito penal fuentes normativas distintas a la ley) y la taxatividad (en el sentido de que las disposiciones que sirvan de base para imponer una sanción penal deban ser claras, concretas y específicamente aplicables a la conducta que se pretende sancionar).

Sobre la prohibición de la analogía en el derecho penal, Luigi Ferrajoli indica que es un corolario del principio de (estricta) legalidad. Este autor señala que

En la medida en que sea posible afirmar de las figuras de calificación penal definidas por las leyes, gracias a su conformidad con el principio de legalidad, que son verdaderas o falsas respecto a los hechos que se examinan, es obvio que no hay sitio para el razonamiento analógico. A la inversa, el uso por parte de la ley, con contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado “analogía anticipada”.²⁵

La última observación de esta cita de Ferrajoli es muy importante porque señala que la prohibición de analogía, siendo coherente con el mandato de taxatividad de la ley penal, debería ser oponible también al legislador.

El propio Ferrajoli nos recuerda que la prohibición de analogía se aplica solamente para la analogía *in malam partem*, es decir, la que es desfavorable para el reo. En sentido contrario, la analogía puede perfec-

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 382.

MIGUEL CARBONELL

tamente admitirse en la interpretación de las excusas absolutorias o en cualquier aspecto que beneficie al acusado.²⁶

Riccardo Guastini nos explica que desde el punto de vista jurídico la aplicación analógica es “la aplicación de una norma a un supuesto de hecho *no previsto* por ella, pero *semejante* al previsto por la misma”.²⁷ Lo que está prohibiendo el mandato constitucional es justamente la aplicación por el juez de normas que no están *expresamente previstas* en la ley como constitutivas de delito y que, por tanto, se refieren a conductas que no son sancionables desde el punto de vista penal. Podríamos decir que la *semejanza* no puede ser tenida en cuenta en materia penal, sino que por la importancia de los bienes jurídicos que están en juego se requiere prácticamente la identidad entre la conducta a sancionar y la descripción típica contenida en la ley.

El argumento de la mayoría de razón, también llamado argumento *a fortiori*, es muy parecido al argumento analógico y, de hecho, podríamos decir que es una subespecie de éste. Guastini describe el argumento de la mayoría de razón con las siguientes palabras:

El argumento *a fortiori* se presenta, *grosso modo*, en esta forma: la disposición D (“si F1, entonces G”) conecta la consecuencia jurídica G al supuesto de hecho F1; pero el supuesto de hecho F2 merece, *con mayor razón*, la misma consecuencia jurídica; así pues, la disposición D debe ser entendida en el sentido de que la consecuencia G debe aplicarse también al supuesto de hecho F2.²⁸

Lo importante para nuestro tema es destacar que, de nuevo, en el uso del argumento de mayoría de razón, el intérprete no utiliza una norma que haya sido *expresamente* puesta por el legislador, sino que la deduce de la existencia de “mayores razones”. Esa deducción creativa es lo que prohíbe el artículo 14 constitucional. Lo que el juez penal debe hacer es aplicar solamente las normas que el legislador haya expresamente considerado como descriptivas de conductas típicas y aquellas otras que contengan las sanciones correspondientes para quien realice esa conducta.

²⁶ *Ibidem*, p. 382. Ferrajoli apunta que: “La analogía está en efecto excluida si es *in malam partem*, mientras que se la admite *in bonam partem*, al estar dirigida su prohibición, con arreglo al criterio general del *favor rei*, a impedir no la restricción, sino sólo la extensión por obra de la discrecionalidad judicial de la esfera legal de la punibilidad”. En el mismo sentido, Prieto, Luis, *Curso básico de garantismo*, cit., p. 88.

²⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 93.

²⁸ *Ibidem*, p. 38.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

V. PROPORCIONALIDAD Y LEGISLACIÓN PENAL

Las nociones que acabamos de estudiar (reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía) son más o menos conocidas y se han empleado de alguna manera por la jurisprudencia de nuestros tribunales, sobre todo en los años más recientes. Hay, sin embargo, un concepto al que se le ha puesto menos atención por parte de los jueces mexicanos, pero que puede ser muy interesante para hacer más exigente y rigurosa la intervención de la ley penal en el ámbito de las libertades personales.

Me refiero al principio de proporcionalidad como límite de actuación del legislador ordinario en materia penal. La pregunta a resolver sería la siguiente: ¿se puede aplicar dicho principio al control de constitucionalidad de las leyes penales? y, en caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos y con qué consecuencias? Vamos a realizar algunas breves observaciones sobre esta cuestión, en la que sin duda hará falta profundizar en el futuro.

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate, y siempre que sea proporcional. Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible respecto del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general.²⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado sus propios estándares respecto al principio de proporcionalidad. En algunos casos llevando a cabo el análisis con base en el test de los tres pasos y, en otros, considerando la existencia de un cuarto paso (véase al respecto las tesis 2013156, 2013143, 2013152, 2013154 y 2013156).³⁰

²⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 35 y 36.

³⁰ También en la jurisprudencia alemana han aplicado test de proporcionalidad de cuatro pasos. Véase al respecto el comentario de Schlink, Bernhard, "El principio de proporcionalidad", en varios autores, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría*,

MIGUEL CARBONELL

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad, según el cual, toda persona puede hacer lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer, así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada; es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

Ferrajoli explica el principio de proporcionalidad con las siguientes palabras:³¹

El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser *adecuada* al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez *en relación* con la naturaleza y la gravedad del otro. El *principio de proporcionalidad* expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico.

El mismo Ferrajoli admite que la literatura existente sobre el principio de proporcionalidad de las penas “es casi inexistente”.³²

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.³³

aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 117 y ss.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., pp. 397 y 398.

³² *Ibidem*, p. 399.

³³ *De los Delitos y de las Penas*, cit., pp. 39, 41 y 42.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito; es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez,

a mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo.³⁴

Sin embargo, en términos generales, nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.³⁵

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que, en su ausencia, sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.³⁶ La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:³⁷

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que

³⁴ *Derecho y razón*, cit., p. 400.

³⁵ *Ibidem*, pp. 399 y 400.

³⁶ *Ibidem*, p. 401.

³⁷ *Ibidem*, p. 402.

MIGUEL CARBONELL

la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Por desgracia, el criterio de Ferrajoli nos orienta como punto de partida, pero no aporta muchos elementos que nos permitan clarificar la forma en que, desde el punto de vista externo, podemos valorar la gravedad de un delito, al menos en el párrafo que se acaba de transcribir. El mismo autor considera, sin embargo, que la gravedad de un delito —y por tanto la proporcionalidad de la pena— se puede determinar a partir del daño que se genera con la comisión de la conducta delictiva y del grado de culpa que tiene el sujeto, aunque admite que “el problema es precisamente el del peso que haya de asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro”.³⁸

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional Español (*caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información.

El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente estableci-

³⁸ *Ibidem*, p. 399.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

dos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada.³⁹

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que

para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis 'si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes'... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (Fundamento Jurídico 23).

Desde la importante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, el primer párrafo del artículo 22 de nuestra carta magna señala que "Toda pena debe ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

Esta previsión expresa nos ofrece una excelente plataforma para aplicar en la práctica lo que hemos señalado respecto a la proporcionalidad en materia penal. De hecho, con cautela y poco a poco, ya la jurisprudencia de nuestros tribunales federales ha comenzado a darle forma al mandato constitucional. Así lo ha hecho en las siguientes tesis:

PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad

³⁹ Sobre este punto, Luis Prieto advierte lo siguiente: "Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo", "La limitación constitucional del legislador penal" en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

MIGUEL CARBONELL

de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional —la legislación penal no está constitucionalmente exenta—, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.

La Corte nos advierte, con toda razón, que la proporcionalidad en materia penal (al poner bajo análisis la correlación lógica entre delito, pena y bien jurídico tutelado como lo ordena el artículo 22 constitucional), es distinta al test de proporcionalidad general en materia de derechos humanos. Se trata de dos aspectos diferentes, cuya metodología exige una clara diferenciación (véase al respecto las tesis 2007342 y 2007343).

Respecto a la metodología para aplicar el análisis de proporcionalidad en materia penal, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho la siguiente precisión:

PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SU ESTUDIO DEBE LLEVARSE A CABO ATENDIENDO A LOS NIVELES ORDINALES Y NO A LOS CARDINALES O ABSOLUTOS DE SANCIÓN. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte la complejidad de establecer un sistema de proporcionalidad de las penas que obedezca a una lógica estricta de proporcionalidad en términos de niveles cardinales o absolutos de sanción, propia de la corriente retribucionista, es decir, un sistema en el que se distribuye la pena de acuerdo con principios de justicia derivados de las intuiciones compartidas por la comunidad. Así, de acuerdo con este modelo, la sociedad y el legislador deben asegurarse de que el delincuente reciba la pena que lo sitúe en el puesto cardinal que le corresponde en atención a su culpabilidad exacta, de conformidad con las definiciones soberanas. Sin embargo, esta concepción es criticable porque puede derivar en resultados que, si bien reflejan las intuiciones de justicia de la comunidad, pueden ser injustos medidos con el baremo de una verdad trascendente en términos de justicia, debido al elevado nivel de subjetividad que implica. Por el contrario, resulta más adecuado hacer un juicio de proporcionalidad de las penas en términos de una lógica de niveles ordinales, es decir, realizar el análisis a

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo a la escala prevista por el legislador en grandes renglones, para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada. De este modo, es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas, se sale de ese orden y se le asigna una pena superior; además, este modelo ofrece ventajas, como que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté correspondientemente graduada.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hay algunos pronunciamientos sobre el principio de proporcionalidad de las penas, pero varios de ellos son para enfatizar que la proporcionalidad puede violarse también por “defecto”, es decir, cuando existen lesiones a bienes jurídicos relevantes pero son objeto de sanciones verdaderamente menores o escasas, produciendo de esa manera impunidad⁴⁰ (véase al respecto, por ejemplo, lo sostenido por la Corte Interamericana en las sentencias *Caso Masacre de La Rochela versus Colombia*, párrafo 196 en general, y específicamente sobre desproporcionalidad por defecto, *Manuel Cepeda Vargas versus Colombia*, párrafos 150 y 153, y *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) versus Colombia*, párrafo 459).

⁴⁰ El concepto de desproporción por defecto o “prohibición por defecto” tiene su origen en la jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad y sirve para la “determinación del grado mínimo de cumplimiento de ciertos deberes estatales de *protección a la persona*”, Montealegre, Eduardo *et al.*, “Presentación. La actualidad del principio de proporcionalidad y de la ponderación en Alemania”, en varios autores, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, *cit.*, p. 15. Un análisis doctrinal de la “desproporcionalidad por defecto” y la correspondiente “prohibición de protección insuficiente” puede verse en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en varios autores, *Desafíos a la proporcionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385 y ss.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL EN MÉXICO

Nathaly MENDOZA ZAMUDIO

Resumen: El estudio se centra en la responsabilidad patrimonial por error judicial en el contexto de nuestro Estado mexicano; analizando los aspectos fundamentales emanados por la doctrina y el fundamento que origina la indemnización por error judicial, tiene también el objeto de revisar la legislación mexicana en sus ámbitos federal y local para descubrir si se encuentra regulada esta figura y, en su caso, confrontar la regulación vigente con las concepciones dadas por la doctrina vertidas en la materia, como resultado se emiten las conclusiones basadas en el análisis reflexivo y en la emisión de recomendaciones sobre el tema.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, responsabilidad patrimonial por error judicial, error judicial, México.

Abstract: *The study focuses on the patrimonial responsibility for judicial error in the context of our Mexican State; analyzing the fundamental aspects emanating from the doctrine and the foundation that originates the compensation for judicial error, in order to review the Mexican legislation in its federal and local areas to discover if this figure is regulated and, if applicable, to confront the current regulation with the doctrine conceptions expressed in the matter, as a result the conclusions based on the reflexive analysis and the issuing of recommendations on the subject are issued.*

Keywords: *patrimonial responsibility, patrimonial responsibility for judicial error, judicial error, Mexico.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepción de la responsabilidad patrimonial del Estado.* III. *Fundamento de la responsabilidad patrimonial en México.* IV. *Responsabilidad patrimonial por error judicial.* V. *Regulación de la responsabilidad patrimonial por error judicial en México.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

I. INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano regula la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1o. y 109, último párrafo, de dicho ordenamiento, asimismo, por virtud de disposiciones normativas de carácter internacional, se establece y se obliga al Estado mexicano a indemnizar a las y los particulares por error judicial como causa de responsabilidad patrimonial. Entonces, surge la interrogante: ¿existe una regulación interna en México para la indemnización por error judicial? De ser el caso, ¿en qué consiste? o, en su defecto, ¿cómo debe ser su regulación? Dichas interrogantes son el objeto de la investigación del presente escrito el cual se aborda en virtud de las teorías que han surgido sobre esta institución, así como sobre la reglamentación existente en el orden jurídico mexicano.

El contexto de la regulación mexicana es novedoso, pues hasta el momento ha sido insuficiente el trabajo sobre este tema; es por ello que, en el presente artículo, se ofrece un panorama general de la situación jurídica actual, y la existencia de una laguna jurídica que implica el impedimento de acceso a la justicia para reclamar la indemnización por error judicial. Se busca también definir un criterio orientador con base en la doctrina para establecer las bases mínimas que respondan el cómo debe regularse, en su caso, esta causa de responsabilidad, y colmar la laguna que existe, o en su caso, modificar el rumbo actual para que la positivización de la institución sea congruente con el contexto internacional.

Para lograr lo anterior, se plantea la estructura de la exposición de los resultados de manera deductiva, partiendo de las premisas generales de índole conceptual y fundamental establecidas por la doctrina, la cual, a través de estudios de derecho comparado, por ejemplo, con España y Colombia, dan concepciones propias con los elementos a considerar para delimitar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece de manera expresa la existencia de esta institución que vincula a los Estados parte, de igual forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha realizado pronunciamientos relevantes en el tema de responsabilidad patrimonial, aunque con cierta reticencia a la que se configura, específicamente, por error judicial.

Otro aspecto relevante a dilucidar, lo constituye la propia naturaleza de la función judicial, al derivarse del ejercicio de los tres poderes del Estado mexicano, las implicaciones entonces que se proponen para considerar un caso como error judicial, se abordan desde la perspectiva

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

del constitucionalismo, en el sentido de considerar en todo momento a la función judicial como un poder del Estado. Posteriormente, se recae en el estudio de la regulación mexicana en su nivel federal y estatal, y con base en una comparación de dichas premisas, con la realidad jurídica mexicana, se establecen las respuestas a las preguntas planteadas.

II. CONCEPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El Estado de derecho como ente público tiene atribuciones y deberes ante la sociedad; estos deberes pueden ser de índole negativa (no intromisión en los derechos de libertades), como de índole positiva (actos que garanticen el goce y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales); la finalidad de la existencia del Estado y del gobierno, en cualquiera de sus tres ámbitos (ejecutivo, legislativo o judicial) no es infalible. La seguridad jurídica que nos otorga la regulación de las atribuciones y potestades concedidas a los órganos de gobierno se encuentran delimitadas por la positivización de las instituciones jurídicas, o bien, a falta de regulación expresa o claridad en los principios y reglas, la potestad jurisdiccional tiene como función decir el alcance restrictivo, extensivo o nugatorio de una norma en vía de interpretación. ¿Qué sucede si el Estado falla en sus funciones? La respuesta obvia que se puede discernir es el nacimiento de una contraprestación, si se falla, se corrige, y esta corrección implica el resarcimiento de la lesión a causa del nacimiento de una responsabilidad por parte del Estado, esto es, de la responsabilidad patrimonial.

Algunas concepciones sobre este rubro son las otorgados por Cienfuegos y Castro Estrada; para el primero: “La responsabilidad debe entenderse como la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado en su esfera patrimonial”, refiere que la responsabilidad del Estado tiene dos características notables: a) el agente agresor se identifica como agente del Estado y b) el sistema jurídico no regla la materia de forma adecuada. Al respecto, puede concluirse que la responsabilidad emana del acto individualizado de un funcionario público perteneciente a alguno de los poderes estatales, el cual vincula al Estado. En este sentido, según la naturaleza del órgano del que emane la afectación será la responsabilidad, nuestro orden jurídico establece cuatro regímenes de responsabilidad de los servidores públicos: la administrativa, la penal, la política y la civil; para el caso del Estado, la responsabilidad patrimonial.

Para el segundo, la responsabilidad patrimonial del Estado, en su naturaleza se concibe como el “...deber del Estado de reparar o resarcir

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

los daños y perjuicios causados a los particulares, gobernados o administrados, con motivo del desarrollo de su actividad o funcionamiento,¹ el autor enumera los elementos de la responsabilidad estatal en la lesión jurídica, el daño, la relación causal, la imputación, la indemnización o reparación y la acción de regreso. Por cuanto hace a la responsabilidad patrimonial la define como: “una institución jurídica que, mediante criterios objetivos de derecho público, establece la obligación directa del Estado de indemnizar a los particulares que hayan sido lesionados antijurídicamente en sus bienes o derechos, como consecuencia de la actividad del propio Estado”.²

A manera de conclusión, considero que dentro de esta falibilidad de la función estatal, se hace patente el ejercicio u omisión de alguno de los poderes del Estado que implican una conducta antijurídica contraria a la naturaleza del propio sistema jurídico o contrario a los principios que sustentan la existencia y finalidad de dicho órgano de gobierno del que emana la acción u omisión. adicionalmente esta conducta trae como consecuencia la generación de un daño efectivo a una persona determinada o a un grupo de éstas que no tuvieron la obligación jurídica de soportar dicha lesión; en este supuesto, el Estado entonces tendrá el deber de resarcir el daño, es decir, la responsabilidad patrimonial ante un sujeto al que se le haya causado el daño efectivo.

III. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MÉXICO

El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en el contenido del artículo 109, último párrafo, que

¹ Castro Estrada aborda el contenido material de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial de manera pormenorizada, en la cual indica diversas teorías que le dan sustento, entre estas: la teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas, la teoría del bien común, la de la solidaridad humana, la del principio de la responsabilidad por riesgo, la del enriquecimiento ilegítimo, la del principio de equidad y la del particular sacrificio (cfr. Castro Estrada, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México: fundamento constitucional y legislativo”, en Damsky, Issac Augusto *et al.* (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 536-537); por otro lado, Rivera León refiere a las teorías de la culpabilidad o criterio de la culpa, a la del riesgo creado y al criterio de la lesión antijurídica (cfr. Rivera León, Mauro Arturo, “Responsabilidad patrimonial del Estado: algunas consideraciones”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 2012, t. LXII, núm. 257, p. 339).

² Castro Estrada, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del estado en México...”, *cit.*, pp. 546 y 547.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

establece: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

Al respecto, Rivera León,³ al analizar el contenido del citado numeral, concluye que se establece una conjugación de dos de las teorías acogidas por la doctrina: la teoría de la antijuridicidad o falta de fundamento para soportar el daño estadual, y el artículo 14 constitucional, depositario de una garantía patrimonial; esto al consagrarse que la responsabilidad es objetiva y directa.⁴ Elementos que deben regir cualquier regulación de la materia. Para Castro Estrada,⁵ las principales finalidades del contenido del artículo son: cumplir con un imperativo de justicia y fortalecer el Estado de derecho; elevar la calidad del servicio público, y profundizar o reestablecer la confianza de los gobernados frente al Estado.

En lo que respecta a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, ésta reglamenta lo dispuesto por el artículo 109, último párrafo, constitucional, haciendo referencia, exclusivamente, a la actividad administrativa irregular en su artículo 1o., párrafo segundo, que establece:

“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”. Este posicionamiento dado por el legislativo, se apega a la teoría de la lesión antijurídica dejando de un lado la tesis de la culpa, cuando ambas, a mi parecer coexisten con igual peso. Adicionalmente, se califica la responsabilidad como objetiva y directa, lo

³ Cfr. Rivera León, Mauro Arturo. “Responsabilidad...”, *cit.*, p. 341.

⁴ La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquella se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. P./J. 41/2008 de rubro: “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA”, S.J.F. y su *Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 719. Por su parte, Castro Estrada (2007: 560) establece que la responsabilidad objetiva “consiste en reparar el daño ocasionado a un particular que, gozando de la garantía a su integridad patrimonial, éste no tenía la obligación jurídica de soportar, independientemente de que tal daño provenga de una conducta lícita o ilícita”: De este concepto me parece que lo lícito no podría dar lugar a un daño indebido, de aquí que únicamente mantenga una posición de conducta antijurídica a lo largo del presente artículo.

⁵ Castro Estrada, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México...”, *cit.*, p. 548.

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

que implica la separación de la responsabilidad patrimonial de la responsabilidad civil del funcionario público perteneciente a la administración pública.

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial del Estado como se indicó, puede surgir de la función estatal de cualquiera de sus órganos de gobierno, ya sean administrativos, legislativos o judiciales; esta última, objeto de diversas teorías sobre su configuración y sustancia, dado el carácter de la propia función judicial.

En este sentido, ¿qué debe entenderse por error judicial para efectos del fincamiento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado? La respuesta a esta interrogante es de vital importancia para configurar un régimen jurídico sólido y congruente con el sistema constitucional y federal para el Estado mexicano; bajo esta lógica se hace referencia a algunas concepciones del error judicial:

**CUADRO 1
CONCEPCIONES DEL ERROR JUDICIAL**

Autor	Concepto de error judicial	Crítica
David Cienfuegos Salgado	“El error judicial se concibe como la equivocación de un juez o magistrado, cometida en el ejercicio del servicio público de administración de Justicia, generadora de un daño” ⁶	Es una definición errónea, el término “equivocación” es ambiguo, la equivocación implica gramaticalmente una excusa, si se equivoca entonces podría justificarse la culpa, creo que el término correcto sería combinar los elementos como la conducta u omisión antijurídica y culpable por parte de funcionarios pertenecientes al Poder Judicial que causen un daño efectivo

⁶ Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, *Anales de Jurisprudencia*, México, Sexta época, núm. 263, 2003, p. 315.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

Autor	Concepto de error judicial	Crítica
Goded Miranda	“El error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que, por tanto, merece el calificativo de injusta” ⁷	Tampoco es un concepto aceptable, el sentido de injusticia es ambiguo, todos los actos judiciales están sujetos a revisión, como parte de un sistema democrático, la revocación de una sentencia, por ejemplo, no implica precisamente que ésta sea injusta, y que la nueva resolución sea la justa, porque precisamente la nueva resolución podría carecer de sustento jurídico adecuado o de un razonamiento deliberado y convincente; más que calificar del acto u omisión como injusto, cabría calificarlo de antijurídico, pues cuando se falte a la razón, cuando se falle sin legitimidad o, incluso, cuando se compruebe la parcialidad por medios diversos a la ilegitimidad, entonces habrá error, habrá responsabilidad tanto del servidor como del Estado.
Martín Hernández	“La equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, magistrado o sala de magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza, no sea debida a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, valuables e individualizados” ⁸	Otro aspecto importante a considerar para el tema, es el hecho de que si se concibe el error judicial por la materialidad del fallo, porque los argumentos no convencen, sería entonces desequilibrar el propio Poder Judicial como parte del equilibrio democrático y el juego de poderes; si se cae en esta inteligencia, entonces, todo acto podría ser erróneo y podría dar lugar a un resarcimiento, lo que es incongruente.

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibidem*, p. 316.

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

Autor	Concepto de error judicial	Crítica
José de Jesús González Rodríguez	“El mismo es definido como la obligación que tiene el Estado de indemnizar a las personas por los daños y perjuicios que se les hayan causado por una sentencia judicial dictada erróneamente” ⁹	Esta definición, además del daño, incluye a los perjuicios, y establece como causa de error judicial una acción positiva el dictamiento de una sentencia judicial, falla al establecer el carácter que debe revestir la sentencia judicial y el alcance del término erróneamente.
Irureta Uriarte y Jiménez y Porcar	“El error judicial se verifica cuando el juez o magistrado en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ha actuado de manera manifiestamente equivocada en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley, ocasionando un daño efectivo, evaluable económicamente o individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas” ¹⁰	Causas del error se circunscriben en la fijación de hechos y en la interpretación o aplicación de la ley, lo que es completamente contrario al propio sistema jurídico y al constitucionalismo que concibe la división de poderes; olvida la naturaleza de la función judicial, razón por la cual deben desestimarse estas dos causas como objeto de error judicial para efectos de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial.
Miguel Alejandro López Olvera	“Entendemos por responsabilidad por error judicial la obligación que tiene el Estado de indemnizar a la o las personas por los daños y perjuicios que se les hayan causado en su esfera patrimonial por una sentencia dictada erróneamente” ¹¹	Definición muy semejante a la de González Rodríguez, sólo que le agrega el daño de carácter patrimonial, lo que implica entonces delimitar el daño sólo a un aspecto de carácter económico, dejaría fuera cualquier sentencia dictada con una materia distinta a una cuestión patrimonial.

⁹ González Rodríguez, José de Jesús, “Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado”, Documento de Trabajo número 79 del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados en su LX Legislatura, México, 2009, p. 1.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.

¹¹ López Olvera, Miguel Alejandro, “La responsabilidad patrimonial del Estado por error Judicial”, en Damsky, Issac Augusto *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 597.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

Autor	Concepto de error judicial	Crítica
Razo García	“Por error entendemos toda equivocación, inadvertencia, falta de atención, falsa apreciación de la realidad, y dicho error puede derivar de un comportamiento intencional, imprudencial, o sin él; por lo que el error judicial se puede dar tanto en el funcionamiento normal o anormal de la administración de justicia” ¹²	Esta concepción es completamente falaz, entiendo al error como cualquier conducta dada en la administración de justicia, olvidando la naturaleza de la función judicial y la idoneidad de un concepto que contemple esta perspectiva constitucionalista, por lo que el sentido debe ser restrictivo y no amplio.
Marroquín Zaleta	“El error judicial, o bien se comete por un desliz inculpable o por una conducta culposa del funcionario judicial debido a su ignorancia o a su falta de atención y cuidado” ¹³	Esta concepción sólo se centra en la tipología del acto, creo que más que el acto, debe ser el comportamiento positivo o negativo de la actuación del funcionario del juez, que implica dos aspectos la ignorancia y negligencia, por una parte, pero también el dolo o la intencionalidad, carece esta concepción de más elementos necesarios e indispensables.

FUENTE: elaboración propia.

Así mismo, se establecen distinciones del error judicial, ya que puede ser de hecho o de derecho. El primero, versa sobre el descubrimiento de nuevos hechos o pruebas no valoradas; el segundo, por cuestiones meramente jurídicas en la aplicación al caso concreto,¹⁴ en ambos casos se implica un funcionamiento anormal¹⁵ de la administración e impartición de justicia.

¹² *Ibidem*, p. 602.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Creo que el error a que me apego es sólo al de derecho, no encuentro cómo fundamentar o justificar un error con base en consideraciones de hecho, si bien los hechos que configuren tal error deben estar contemplados y previstos en la resolución definitiva, justificados o derivados de las normas legales que califiquen el acto de antijurídico.

¹⁵ Cienfuegos desarrolla un apartado sobre el funcionamiento anormal, del cual particularmente me aparto, pues no creo que el error judicial se limite a considerar el funcionamiento anormal de lo jurisdiccional en su generalidad, es decir, para el caso de la existencia de la responsabilidad patrimonial se requiere que el funcionamiento anormal sea sólo aquél indebido, por ser contrario a los principios que sustentan la función judicial, que

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

Sobre la existencia o no de la responsabilidad patrimonial, siguiendo el texto de Cienfuegos,¹⁶ hay dos doctrinas que se posicionan sobre este punto: por una parte, las que establecen que no puede haber responsabilidad se sustentan en la representación necesaria de las y los funcionarios y en que los funcionarios/as son el Estado sólo cuando ejercen actos dentro del marco de legalidad y legitimidad,¹⁷ y, por la otra, las que sostienen que sí hay responsabilidad directa, “pues tienen como elemento común la actividad dañosa del Estado, la que no se considera tolerable por y para el particular, y tienden en última instancia a determinar el derecho de reparación”. Este derecho de reparación no se señala en el texto constitucional, sino en diversos instrumentos internacionales,¹⁸ entre los que destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 10 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

En cuanto hace a la legislación secundaria, el Quinto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito emitió un criterio orientador que establece que la responsabilidad patrimonial del artículo 109, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe interpretarse de forma restringida, sino por el contrario a la luz de ser más amplios los nexos causales y la actividad estatal, en tal sentido, las legislaciones ordinarias o secundarias pueden establecer responsabilidad patrimonial por error judicial, siempre que se respeten las caracterís-

causen un daño y que no estén justificados por cuestiones fácticas o ajenas al juez, por ejemplo, la vastedad de casos, falta de presupuesto en el órgano judicial, por causas de fuerza mayor, entre otros supuestos. Otro aspecto que este autor considera como supuesto de responsabilidad estatal por actividad judicial es la injusta prisión preventiva, postura de la cual también me alejo, considerando que el sistema penal implica una atribución coercitiva y preventiva del Estado, que, en su caso, mientras exista razonamiento en las determinaciones de la parte juzgadora, debe aceptarse la carga de la prisión preventiva. Cienfuegos Salgado, David, “Responsabilidad estatal y error judicial en México”, *Anales de Jurisprudencia*, México, Sexta época, núm. 263, 2003, pp. 321 y 322.

¹⁶ *Ibidem*, p. 302.

¹⁷ Esta postura separa al servidor público del Estado, situación que no comparto. Si el servidor público excede de sus facultades entonces sus actos carecerán de legitimidad, estos actos aún emitidos fuera del marco legal siguen siendo parte del servicio público que emana de la función estatal, el Estado es responsable por los actos que cometen las y los funcionarios públicos por el simple hecho de tener este carácter, toda vez que los actos u omisiones de los mismos se ejercen en el ámbito público.

¹⁸ González Rodríguez refiere a diversos instrumentos internacionales y el articulado de estos de los cuáles considera previenen la responsabilidad patrimonial derivada de un error judicial (cfr. González Rodríguez, José de Jesús, *op. cit.*, p. 12); estos instrumentos hacen referencia particularmente a casos de condenas de carácter penal.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

ticas de que ésta sea objetiva y directa.¹⁹ Para efecto de su tutela, el error judicial establece el vínculo del sistema judicial con la sociedad, a través de su actividad jurisdiccional, ya sea en forma activa o pasiva (con el retraso de asuntos u omisión de impartir justicia). Pese a la poca regulación, López Olvera²⁰ establece que con el control de convencionalidad es posible exigir la indemnización por error judicial, mediante el procedimiento previsto en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial con la incoación de una demanda ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Con respecto a los elementos discernidos por la doctrina y el criterio emitido por el Tribunal Colegiado, me parece que los mismos carecen de una perspectiva jurídica sólida que contemple la naturaleza propia del ejercicio de la actividad jurisdiccional; importante es comprender que, en este ejercicio, el juez²¹ tiene un papel fundamental de interpretar las normas jurídicas involucradas a la luz de un caso particular, y en este ejercicio de interpretación pueden cobrar varios sentidos y colegir una resolución en un sentido indeterminado,²² razón por la cual, la cuestión material del caso a dilucidar para efectos de ser considerado como error judicial me parece inadecuado; de igual forma, la carencia de cuestiones fácticas adecuadas en la resolución, al menos en las cuestiones de carácter privado (materia civil, mercantil, por ejemplo), los hechos son dados por las partes. La cuestión radicaría en aquéllos asuntos donde las y los jueces estén obligados a realizar diligencias de mejor proveer, sin embargo, éstas pueden ser combatidas por las partes involucradas durante el procedimiento, mediante la incoación de recursos ordinarios.

A partir de las anteriores consideraciones, se desprende que para que se dé la responsabilidad patrimonial por error judicial deben encontrarse los siguientes elementos: a) error mismo mediante sentencia firme; b) que el daño causado sea efectivo; c) que no se tenga la obligación jurídica de soportar el daño; d) que el daño se deriva de una conducta positiva o negativa (acción y omisión); e) que la conducta sea anti-jurídica; f) entendiéndose que la antijuridicidad puede ser consecuencia de

¹⁹ Tesis: VIII. 5o. 2C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p.2179.

²⁰ Cfr. López Olvera, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial", *cit.*, pp. 603-605.

²¹ Entiéndase por juez, a toda aquélla persona que dicte una resolución definitiva de un caso concreto.

²² Desde esta perspectiva considero que un juez puede resolver incluso *contra legem*, mientras haya razones de peso y ponderación de valores, dependiendo de la perspectiva teórica del resolutor, lo que es válido en el papel fundamental del Poder Judicial.

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

la vulneración de la propia naturaleza de la función judicial (ilegitimidad e ilegalidad en el dictamiento del fallo); *g*) que el actor son los órganos jurisdiccionales, particularmente quienes dictan resoluciones definitivas; *h*) que se tiene el deber de indemnización; *i*) que la responsabilidad sea objetiva y directa; *j*) que se conserve la facultad de ejercer acción de regreso en contra del servidor público emisor de la conducta, y *k*) separar de la institución jurídica, la vertiente penal.²³

En tal sentido, propongo como concepto integral del error judicial para efectos de la actualización de la responsabilidad patrimonial, el siguiente: “Es aquella conducta antijurídica, que vulnera la propia naturaleza de la función judicial, contenida en la emisión de sentencia firme en un caso concreto, que cause un daño efectivo del cual no se tuviera la obligación jurídica de soportar”.

V. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL EN MÉXICO

Han existido tres iniciativas relevantes en cuanto a la regulación del artículo 17 Constitucional para contemplar la resolución judicial, en éstas, se establece de forma orientadora cómo es que México concibió al error judicial, esto es, cuando el Estado se aparta de su obligación de impartir justicia de manera pronta, completa e imparcial, o bien existe una anormal administración de justicia.²⁴

En la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se establece en su artículo 1o.²⁵ su carácter reglamentario de lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que sus normas únicamente se limitan a regular la responsabilidad pa-

²³ Hay quienes consideran que, dentro de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial por error judicial, únicamente entran los asuntos de carácter penal en los que indebidamente se haya privado de la libertad a una persona y posteriormente haya sido objeto de absolución. De esta visión me alejo, considero que la naturaleza propia de la materia penal implica la obligación jurídica de soportar la carga, por lo que el error judicial en materia penal puede entablarse no por el hecho de que una resolución posterior implique la absolución de una persona privada de la libertad, sino por la antijuridicidad de la propia resolución, esto es, ser dictada fuera de los causes de atribuciones de la función del juez penal, se acredite la vulneración de principios del propio sistema jurídico y del propio sistema penal.

²⁴ *Cfr.* González Rodríguez, José de Jesús, “Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado”, *op. cit.*, pp. 15-17.

²⁵ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, artículo 1o.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

trimonial por actos irregulares de administración, olvidando a los actos formalmente legislativos y jurisdiccionales.

En la revisión de la regulación en el ámbito local se encontró que sólo diez de las 32 entidades federativas cuentan con Ley de Responsabilidad Patrimonial, las cuales, en su mayoría, son de reciente publicación, y todas ellas regulan el sistema de responsabilidad con causa a la actividad administrativa irregular del Estado en cualquiera de sus poderes. Coahuila tiene un régimen de responsabilidad previsto en la Constitución, y regulado en cuanto al procedimiento por las reglas civiles; al respecto en la tesis aislada bajo el rubro: "INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA)",²⁶ acota el error judicial al considerarlo procedente para efecto de responsabilidad, únicamente en los casos de que exista un daño objetivo, grave y trascendente comprobable sólo en la resolución firme de última instancia.²⁷

CUADRO 2
ENTIDADES FEDERATIVAS QUE CUENTAN CON LEY DE RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL Y RECONOCIMIENTO DEL ERROR JUDICIAL
COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD

Entidad federativa	Legislación local, año	Responsabilidad por error judicial
Aguascalientes ²⁸	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Aguascalientes, 2010	No
Baja California	Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado y municipios de Baja California, 2007	No

²⁶ Tesis: VIII.5°.1C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 1691.

²⁷ El alcance de lo grave y trascendente no se establece, sin embargo, me parece que la calificación de daño en este sentido es incorrecta, el daño mientras sea efectivo y sea consecuencia de la vulneración de principios propios de la propia naturaleza jurisdiccional.

²⁸ González hace referencia a la previsión del error judicial en el ámbito penal en el estado de Aguascalientes, al establecerse el pago de una indemnización cuando "el procesado fuere absuelto o en su favor se le dictare el sobreseimiento, por decisión de la propia autoridad judicial o por cumplimiento de ejecutoria de amparo, será indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad". González Rodríguez, José de Jesús, "Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado", *cit.*, p. 33.

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

Entidad federativa	Legislación local, año	Responsabilidad por error judicial
Baja California Sur	Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado y municipios de Baja California Sur, 2007	No
Colima	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Colima, 2008	No
Coahuila	Constitución Política de Coahuila y Código Procesal Civil	Sí, en el artículo 154, fracción III
Distrito Federal	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal, 2008	No
Jalisco	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus municipios, 2004	No
Morelos	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Morelos, 2011	No
Nayarit	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Nayarit y sus municipios, 2006	No
Nuevo León	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado y municipios de Nuevo León, 2013	No
Tamaulipas	Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Tamaulipas y sus municipios, 2005	No
Veracruz	Ley de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Estatal y municipal del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 2003	No

FUENTE: elaborado con base en las legislaciones locales de las 32 entidades federativas de México.

De las anteriores entidades federativas, cabe destacar que el estado de Morelos establece una serie de respuestas a observaciones formuladas por el Ejecutivo local, entre éstos, el señalamiento de la indemnización por error judicial; sin embargo, dado que, por mandato constitucional local se establece que la responsabilidad patrimonial que emane de órganos jurisdiccionales, sólo nacerá en virtud de su actividad administrativa irregular, y no por condena en sentencia firme por error judicial, concepción que el estado de Morelos establece, por lo que la ley secundaria se circunscribe a dichos actos; pese a ello, reconocen el contenido del artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

la posibilidad del amparo ante la omisión legislativa de su regulación, dejando abierta, indefinidamente, la regulación del error judicial en otra ley.²⁹ Por cuanto hace a las demás entidades federativas, no hacen mención respecto al error judicial.

VI. CONCLUSIONES

La institución jurídica de la responsabilidad patrimonial carece de bases constitucionales suficientes para incorporar los actos del Poder Legislativo y del Poder Judicial, toda la regulación secundaria se circunscribe a los actos de la administración pública y regulan el último párrafo de un artículo, restándole el valor que implica la institución jurídica aquí analizada. Es necesaria, entonces, una reforma constitucional que modifique el último párrafo del artículo 109 constitucional para incluir en un artículo propio la responsabilidad patrimonial, y contemplar los actos legislativos y judiciales, no sólo los de carácter administrativos, considerando que la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce al menos la indemnización por error judicial, e incorporar en el artículo 116 una base mínima para que las entidades federativas se obliguen a regular el error judicial considerando los elementos aquí considerados, resulta menester entonces adoptar una teoría constitucional unívoca en la interpretación de este tema.³⁰

Otro aspecto mostrado es el vínculo existente entre la responsabilidad del Estado y del servidor público por error judicial, si es subsidiaria o no, la postura emanada de un criterio es considerarla objetiva y directa, lo que comparto, pero esto no implica no castigar al servidor público responsable también del comportamiento, de aquí que sea obligación del Estado iniciar el procedimiento disciplinario o de responsabilidad administrativa en contra del servidor público.

El error judicial estriba entonces, no en la función propia del Poder Judicial, la cual tiene sustento en la aplicación e interpretación del derecho, en la obligación de argumentar los fallos concediendo las razones con base en la apreciación propia del juzgador, la teoría jurídica que le

²⁹ Cfr. Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Morelos.

³⁰ Cienfuegos concluye indicando la urgencia de fortalecer la institución: "La instauración de un régimen de responsabilidad estatal derivada del sistema de administración de Justicia seguramente coadyuvará a que los adjetivos que constitucionalmente se atribuyen a la Justicia, no sean sino merecidas característica de la judicatura mexicana, y permitirá que las expectativas que tiene la sociedad mexicana se vean satisfechas". Cienfuegos Salgado, David, "Responsabilidad estatal y error judicial en México", *cit.*, p. 330.

NATHALY MENDOZA ZAMUDIO

impere, y acorde a las reglas que le marque la materia de la cual verse la controversia. El error judicial entonces, para que sea antijurídico, radica en cuando el juzgador emita una sentencia firme (de la cual no se admitan más recursos ordinarios) que carezca de esta argumentación, o bien que negligentemente interprete normas obsoletas en el sistema jurídico imperante, o bien se demuestre la parcialidad en el asunto, al haber omitido la excusa en el mismo, lo que implica la carencia de legitimidad del juzgador por actualizarse un impedimento o bien por no cumplir con los requisitos para fungir como tal.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Responsabilidad patrimonial del Estado", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 27, 1997.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, "La responsabilidad patrimonial del estado en México: fundamento constitucional y legislativo", en Damsky, Issac Augusto *et al.* (coords.) *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, "Responsabilidad estatal y error judicial en México", *Anales de Jurisprudencia*, México, sexta época, núm. 263, 2003.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José de Jesús, "Error judicial y responsabilidad patrimonial del Estado", *Documento de Trabajo número 79 del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados en su LX Legislatura*, México, 2009.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, "La responsabilidad patrimonial del Estado por error Judicial", en DAMSKY, Issac Augusto *et al.* (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, "Responsabilidad patrimonial del Estado: algunas consideraciones", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXII, núm. 257, 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado por daños causados a los bienes y derechos de los particulares en el Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Tesis: VIII. 5o. 2C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007.

REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD...

Tesis: VIII.5º.1C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Nove-
na Época, t. XXV, marzo de 2007.

TORRES HERRERA, Roberto, “La responsabilidad patrimonial como antece-
dente de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado.
Experiencia mexicana”, México, 12 de diciembre de 2004, disponible
en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/35.pdf>.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL EN LA DIVERSIDAD CULTURAL

Manuel Gustavo OCAMPO MUÑOA

Resumen: Este documento es una reflexión acerca de los desafíos que el debido proceso penal enfrenta en el contexto de los pueblos y comunidades originarias; escenarios en los que la diversidad cultural se convierte en un obstáculo para el acceso a la justicia. Es mediante el enfoque intercultural del derecho que pueden encontrarse alternativas de solución a los conflictos que se generan dentro de esa complejidad. Se pretende demostrar que en los pueblos originarios la construcción del derecho al debido proceso penal debe incluir componentes interculturales tales como el diálogo, el respeto a las diferencias, los saberes diversos, la cosmovisión, el dominio de la lengua materna, para garantizar a la ciudadanía el máximo disfrute de sus derechos y libertades. El contexto de los pueblos originarios de Chiapas se utiliza para argumentar lo anterior, dado que en dicha entidad habitan al menos doce de los reconocidos por la ley y las instituciones gubernamentales.

Palabras clave: debido proceso penal, interculturalidad, pueblos originarios, diversidad cultural.

Abstract: *This document is a reflection on the challenges that the due criminal process faces in the context of the original peoples and communities; scenarios in which cultural diversity becomes an obstacle to access to justice. It is through the intercultural approach of the law that alternative solutions can be found to the conflicts generated within this complexity. It is intended to demonstrate that in the indigenous peoples the construction of the right to due process of law must include intercultural components such as dialogue, respect for differences, diverse knowledge, worldview, mastery of the mother tongue, to guarantee citizenship the maximum enjoyment of their rights and freedoms. The context of the indigenous peoples of Chiapas is used to argue the foregoing, given that at least twelve of those recognized by law and government institutions live in said entity.*

Keywords: *Due Criminal Process, interculturality, original peoples, cultural diversity.*

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico*. III. *La diversidad cultural y su complejidad en Chiapas*. IV. *El diseño de un debido proceso penal intercultural*. V. *El desarrollo de la interculturalidad y el debido proceso en diversos ordenamientos chiapanecos*. VI. *Componentes de la interculturalidad necesarios para el debido proceso en el contexto chiapaneco*. VII. *Reflexiones finales*. VIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El “debido proceso” es un derecho fundamental incluido en todo sistema jurídico que se considere democrático; su diseño supone limitar a la autoridad en el ejercicio del poder y dotar de mecanismos jurídicos de defensa a la ciudadanía, frente a los posibles actos arbitrarios que pudieran surgir en cualquier proceso.

En su faceta penal, después de la reforma constitucional de 2008, incluye algunos aspectos relacionados con el multiculturalismo que existe en el Estado mexicano, tales como la adecuada defensa en lengua materna y el auxilio de traductores expertos en la cosmovisión de los imputados; sin embargo, los desafíos que enfrenta esta figura jurídica, en escenarios de diversidad cultural, emergen de la complejidad de relaciones que existen en esos colectivos.

En el estado de Chiapas, el acceso a la justicia de las personas que pertenecen a pueblos originarios ha sido un problema ancestral, la discriminación es el principal referente, y la escasa atención del gobierno hacia la inclusión del pluralismo jurídico en las políticas públicas una constante.

La incorporación en las Constituciones políticas federal y local de reglas de protección hacia los pueblos originarios en materia procesal penal parecen insuficientes, faltan leyes de desarrollo constitucional que faciliten el ejercicio de derechos reconocidos y que tomen en consideración el contexto histórico, político, social, jurídico, cultural, económico y religioso de cada comunidad, pues esos factores determinan el comportamiento de sus pobladores. El mejor reflejo de ello es el diseño de sus sistemas normativos internos, mismos que requieren ser estudiados y comprendidos desde la ciencia del derecho para crear una ruta de diálogo en la diversidad cultural.

El objetivo de este trabajo es demostrar que en el contexto de los pueblos originarios la construcción del derecho al debido proceso penal debe incluir componentes interculturales que faciliten y garanticen el ac-

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

ceso a la justicia, abonando con esto a la consolidación de ese derecho fundamental, tomando como referente la relación que se ha establecido entre la interculturalidad y el debido proceso en el estado de Chiapas

Se ha dividido en ocho apartados la exposición con fines didácticos: el primero de ellos corresponde a esta introducción, los restantes al desarrollo de las ideas, propuestas, conclusiones y señalamiento de las fuentes de información.

En el marco teórico se establecen como punto de partida las ideas, conceptos y teorías que guían la investigación, relacionadas principalmente con los temas centrales que son el debido proceso penal y la interculturalidad con una perspectiva latinoamericana.

En la diversidad cultural y su complejidad, se plantea la problemática de entrelazar el debido proceso y la diversidad cultural, así como el papel de la interculturalidad en el diseño de principios integrales que tracen esa ruta de encuentro.

En el debido proceso penal intercultural como derecho fundamental, se establece la posibilidad de incorporar de manera precisa, en la ley fundamental, componentes del enfoque intercultural del derecho, tales como el diálogo, el respeto a las diferencias, los saberes diversos, la cosmovisión entre otros, con miras a fortalecer los contenidos de ese derecho procesal.

En el desarrollo de la interculturalidad y el debido proceso, en diversos ordenamientos chiapanecos, se hace un breve recorrido de la inclusión en el derecho constitucional de Chiapas de aspectos relacionados con el enfoque intercultural del derecho en el proceso penal.

En los componentes de la interculturalidad necesarios para el debido proceso en el contexto chiapaneco, se señalan los elementos que se consideran básicos para la construcción de éste en el contexto de los pueblos originarios de Chiapas.

En las reflexiones finales, se plantean las conclusiones y propuestas. Por último, se señalan las referencias bibliográficas consultadas.

II. MARCO TEÓRICO

En atención al tema que nos ocupa, es preciso establecer algunos conceptos que nos permitan tener certeza del objetivo que se persigue y la propuesta que se hace en la reflexión final.

Partiendo del garantismo de Ferrajoli, el debido proceso es parte de ese sistema que impone límites jurídicos a todos los poderes públicos

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

y privados.¹ En opinión de García Ramírez,² consiste en limitar la actividad del estado mediante una serie de requisitos que deben observar las instancias procesales con la finalidad de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos.

Para efectos de este trabajo, el debido proceso penal se entiende como el conjunto de etapas formales, imprescindibles y con una secuencia que implican el cumplimiento de una serie de requisitos prescritos en la Constitución, todos con la finalidad de que los derechos del imputado no corran el riesgo de ser violentados y obtener del órgano jurisdiccional un proceso justo, pronto y transparente.

Ahora bien, por cuanto que se plantean cuestiones relacionadas con el enfoque intercultural del derecho, es preciso hacer una breve referencia al discurso filosófico intercultural.

La interculturalidad en el derecho permite un diseño jurídico integral que toma en cuenta la identidad de los pueblos y comunidades originarias y los visibiliza; propicia además el respeto, la interacción y el diálogo en la diversidad. El enfoque intercultural pretende fomentar, entre otros valores, la democracia, la ciudadanía y la convivencia en la diversidad; su manejo en el derecho puede ser provechoso, pues aporta diferentes herramientas como el proceso de enseñanza y aprendizaje de lengua, saberes diversos y cosmovisión de otras culturas que conviven dentro de una misma entidad federativa, como es el caso de Chiapas.

La presencia de este enfoque en nuestro país data de principios del siglo XXI, y se le puede identificar en las políticas públicas de protección, garantía y reconocimiento de los derechos de los grupos vulnerables.

Es una filosofía ligada a la diversidad cultural, a decir de Beuchot,³ hoy día, es parte de diversas preocupaciones teóricas y políticas en el mundo moderno, así como de las reflexiones filosóficas que las acompañan.

Todorov,⁴ al hablar de la diversidad cultural, refiere que las culturas no logran de manera aislada su evolución, sino que, a través de los contactos, sostiene que lo intercultural es constitutivo de lo cultural. La exis-

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

² García Ramírez, Sergio, "El debido proceso concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, núm. 117, año XXXIX, 2006, pp. 637-670.

³ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI Editores, 2005

⁴ Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros*, trad. de Martí Mur Ubasart, México, Siglo XXI, 1991.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

tencia del multiculturalismo nos lleva necesariamente al conocimiento y respeto de la otredad,⁵ que es algo fundamental en la convivencia en la diversidad cultural.

Algunas de las expresiones de este nuevo enfoque del derecho son el respeto a la diversidad, la inclusión, los derechos igualitarios, la buena vida, los saberes diversos, la cosmovisión y los derechos lingüísticos; siendo el diálogo entre los diferentes su común denominador.

III. LA DIVERSIDAD CULTURAL Y SU COMPLEJIDAD EN CHIAPAS

Uno de los grandes retos del sistema de justicia penal mexicano es que mediante el respeto al debido proceso se genere en la ciudadanía confianza hacia la autoridad judicial. Lo anterior precisa considerar los escenarios de diversidad cultural de entidades federativas como Chiapas, en el que un 30% de la población (aproximadamente un millón de habitantes) pertenece a pueblos y comunidades originarias, de acuerdo con información de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), en la región central de los Altos de Chiapas, la población indígena alcanza entre 70 y 100% en la composición étnica municipal.⁶

Para garantizar el debido proceso penal a los justiciables de los pueblos Tzotzil, Tzeltal, Zoque, Chol, Tojolabal, Lacandón o Mame; se requiere, entre otras cuestiones, que cuenten con la oportunidad de que se les reciban pruebas y escuchen alegaciones en su lengua originaria, que la autoridad tenga en la secuela procesal pleno conocimiento de sus saberes diversos, así como de su cultura, y que identifique su cosmovisión; lo que representa desafíos para el sistema de justicia penal y lleva a preguntarnos: ¿es necesario que el derecho al debido proceso penal incluya en su diseño componentes de la interculturalidad? ¿Se requiere la inclusión de la interculturalidad como un principio del proceso penal?

El objetivo de este trabajo es demostrar que en escenarios de diversidad cultural el derecho al debido proceso requiere de la inclusión de componentes interculturales tales como el respeto a las diferencias, el diálogo intercultural, los saberes diversos, la lengua originaria, la cosmovisión, que complementen los principios y figuras jurídicas que ya lo

⁵ Todorov, Tzvetan, *La Conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 2007

⁶ Más información disponible en: <https://www.gob.mx/cdi/articulos/etnografia-de-los-pueblos-tzotzil-batsil-winik-otik-y-tzeltal-winik-atel?idiom=es>.

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

integran como es el caso del derecho a un juicio público ante juez o juez competente, los derechos de las víctimas, la presunción de inocencia, la defensa adecuada, la garantía para ofrecer pruebas y desahogo de las mismas.

IV. EL DISEÑO DE UN DEBIDO PROCESO PENAL INTERCULTURAL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma de agosto de 2001,⁷ reconoce de manera expresa algunos derechos de los pueblos originarios en diferentes preceptos, ejemplo de ello son los artículos 1o. y 2o., mismos que analizaremos brevemente estableciendo su vínculo con el respeto a las diferencias y, por ende, con la interculturalidad.

El artículo 1o., al declarar de manera contundente que todo individuo goza de las garantías que otorga la Constitución federal y reafirmar, en su último párrafo, que no se permite ninguna forma de discriminación de manera especial en lo relativo al origen étnico o nacional, plantea un principio de carácter intercultural que se traduce en el respeto a las diferencias y la obligación irrestricta de promoverla y defenderla, así como privilegiar el diálogo entre las distintas culturas.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2o., al puntualizar que la nación mexicana tiene una integración multicultural, y reconocer un conjunto de derechos a los pueblos originarios, destacándose entre estos las prerrogativas relacionadas con su organización política e, incluso, normativa, verbigracia, el decidir sus formas de convivencia, aplicar sus propios sistemas normativos, elegir sus propias autoridades para el ejercicio de sus formas propias de gobierno, preservar sus lenguas, preservar la integridad de sus tierras, y acceder a la jurisdicción del Estado, con la peculiaridad de contar el derecho a ser asistidos por intérpretes que tengan conocimiento de la lengua y cultura, deja en claro el reconocimiento estatal de sendos derechos colectivos, mismos que deben ser incluidos, necesariamente, en las políticas públicas, y proporcionan elementos de interculturalidad en el debido proceso.

En opinión de expertos, como González Galván,⁸ a partir de esas inclusiones en la Constitución se han puesto las bases para el derecho

⁷ Esta reforma tiene la virtud de reconocer derechos a los pueblos originarios, cuyos reclamos fundamentales han sido en dos sentidos por un lado la discriminación y por otro lo relativo a su situación económica.

⁸ González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

indígena en México, ya que si el operador judicial en los tribunales está obligado a aplicar, principalmente, por ejemplo, si es materia civil, el código civil, y si es penal el derecho penal; así, cuando se presente un indígena ante ellos a falta de una materia indígena tienen la obligación de aplicar el derecho indígena.

En consecuencia, al existir una laguna se requiere que el Estado redacte con la participación de los pueblos originarios, los principios normativos conceptuales y funcionales a nivel federal por el Congreso de la Unión y en particular, a nivel local por los congresos de las entidades federativas. En el caso de Chiapas existen algunos ordenamientos que abordan el tema.

V. EL DESARROLLO DE LA INTERCULTURALIDAD Y EL DEBIDO PROCESO EN DIVERSOS ORDENAMIENTOS CHIAPANECOS

En Chiapas se han generado normas jurídicas que reflejan la vinculación de la interculturalidad y el debido proceso en el contexto de los pueblos originarios, así como acuerdos que los involucran, todos con la intención de abonar en la solución de conflictos.

Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar. Aunque no representan un ordenamiento jurídico, surgen para resolver un conflicto que involucró algunos de los pueblos originarios de Chiapas representados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el gobierno federal, que inició el 1o. de enero de 1994 y que culminó, al menos en su parte beligerante, al suscribirse el 16 de febrero de 1996.

Son compromisos entre ambas partes para transformar la relación entre los pueblos originarios, la sociedad y el Estado; plantean un nuevo marco jurídico que considera el reconocimiento en la Constitución federal de los derechos de los pueblos originarios, no sólo en lo que respecta a los derechos individuales de sus integrantes, sino también de derechos colectivos de esos pueblos.⁹

Dentro de los derechos por reconocer se encontraban el de poder ejercer sus sistemas normativos internos, elegir a sus autoridades, impartir justicia, reparar las faltas y decidir en materia de conflictos internos, temas en los que el debido proceso penal se involucra.

Los acuerdos provocaron el reconocimiento en la Constitución federal del multiculturalismo y captaron la atención internacional; sin embargo, hasta el día de hoy no se cuenta con legislación secundaria federal que recoja las ideas plasmadas en ellos.

⁹ Para más información visitar "Centro de Documentación sobre Zapatismo", disponible en: <http://www.cedoz.org> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2018).

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

*La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas.*¹⁰ Ésta señala que en la entidad existe una población pluricultural; reconoce y protege de manera específica a los pueblos Tseltal, Tsotsil, Chol, Zoque, Tojolabal, Mame, Kakchiquel, Lacandón, Mocho, Jacalteco, Chuj y Kanjobal, extendiendo dicha protección a los derechos de los indígenas que por cualquier circunstancia se encuentren asentados dentro del territorio del Estado, aun cuando pertenezcan a otros pueblos indígenas.

Con relación al debido proceso penal se establece que en todo procedimiento o juicio en el que una de las partes sea indígena, se tomará en consideración su cultura, usos, costumbres y tradiciones; aunado al derecho de contar con un traductor y un defensor que hablen su lengua y conozcan su cultura.

Plantea, además, que en los municipios con población de mayoría indígena, las controversias entre personas pertenecientes a éstas serán conforme a sus usos, costumbres, tradiciones, sistemas normativos y valores culturales, y con la participación de sus autoridades tradicionales, siempre con la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales.

Resulta relevante también el que exprese en relación con la ejecución de las penas que en el caso de indígenas deberán compurgarlas, preferentemente, en los establecimientos más próximos a sus comunidades.

Por último, es interesante la coordinación que propone entre las autoridades estatales, municipales y tradicionales de las comunidades indígenas en materia de protección de los derechos concedidos, pues genera la idea de diálogo intercultural y respeto a las diferencias.

La Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas. Esta ley¹¹ entró en vigor a finales de julio de 1999, y nace, de acuerdo con su exposición de motivos, en respuesta a los acuerdos de San Andrés Larráinzar, específicamente al documento denominado “Compromisos para Chiapas del Gobierno del Estado y Federal y EZLN”, correspondientes al punto 1.3 de las reglas de procedimiento, en el que se convino que los derechos indígenas que se reconocieran en la Constitución General de la República, deberían hacerse explícitos también en la Constitución del Estado de Chiapas, en toda su amplitud política, económica, social y cultural.

¹⁰ Constitución Política del Estado libre y soberano de Chiapas, Título I, Capítulo II, artículo 7o., disponible en: <http://congresochiapas.gob.mx/legislatura/xvi/trabajo-legislativo/legislacion-vigente> (fecha de consulta: 18 de febrero del 2018).

¹¹ Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas, disponible en: <http://congresochiapas.gob.mx/legislatura/xvi/trabajo-legislativo/legislacion-vigente> (fecha de consulta: 18 de febrero del 2018).

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

Contempla el nacimiento de los juzgados de paz y conciliación indígena, con jurisdicción en los asuntos o controversias en que ambas partes sean indígenas; pertenecientes a una misma o a diferentes comunidades, las sanciones que apliquen serán conforme a los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas donde ocurra el juzgamiento, en tanto no se violen los derechos fundamentales.

El objeto de la creación de estas instituciones judiciales se basa en el reconocimiento de los pueblos originarios de Chiapas a resolver sus controversias conforme a usos, costumbres y valores culturales: el derecho al acceso pleno a justicia; el derecho a que las penas y medidas de seguridad se compurguen en establecimientos más próximos a sus comunidades, y en la posible sustitución de pena privativa de libertad por trabajos en la comunidad.

En cada juzgado de paz y conciliación indígena habrá un juez; el número de secretarios y actuarios que a juicio del Pleno del Consejo de la Judicatura se requieran, y los demás servidores públicos que designe el Consejo de la Judicatura. Las controversias serán tramitadas y resueltas por el juez, quien previamente, deberá oír a las autoridades tradicionales del lugar.

Los jueces y sus suplentes serán nombrados por el Consejo de la Judicatura tomando en consideración las propuestas de los ayuntamientos respectivos, quienes deberán estar sujetos a un programa de capacitación en materia de medios alternativos de solución de controversias, aprobado por el Centro Estatal de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado.

En materia penal, los jueces de paz y conciliación indígena son competentes para intervenir en los procesos de mediación y conciliación, previo a la denuncia o querrela, tratándose de delitos que se persigan a petición de la parte ofendida, y de aquellos en que los interesados decidan someterse a alguno de los medios alternativos de justicia, siempre y cuando no se trate de los que la ley califique como graves o se afecte sensiblemente la sociedad; procurar la conciliación entre el ofendido y el inculpado en cualquier etapa del proceso, antes de pronunciar el fallo.

En todos los juicios y procedimientos en los que una de las partes sea indígena, las autoridades judiciales y administrativas, durante las etapas procesales y al momento de dictar la resolución correspondiente, deberán tomar en consideración las características económicas, sociales y culturales, así como los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad indígenas a la que pertenezca.

El Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas. En el Código se considera dentro de los órganos jurídico-adminis-

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

trativos del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Chiapas, con autonomía técnica, pero dependencia jerárquica de éste, la Coordinación de Juzgados de Paz y Conciliación y de Paz y Conciliación Indígena.

Estos últimos¹² se integran y funcionan en los municipios que el Consejo de la Judicatura acuerde, con las atribuciones que le concede el Código y las demás leyes aplicables. Hoy en día existen 16 Juzgados de Paz y Conciliación Indígena ubicados en Aldama, Amatenango del Valle, San Juan Cancuc, Chalchihuitán, Chamula, Chanal, Chenalhó, Huixtán, Larráinzar, Mitontic, Oxchuc, Pantelhó, Santiago El Pinar, Tenjapa, Zinacantán, y el denominado Nuevo Huixtán ubicado en el municipio de Las Margaritas.

Con relación a los municipios en que residen estos juzgados, no puede pasar por desapercibido, que según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),¹³ Chiapas ocupa el lugar 32 a nivel nacional del índice de desarrollo humano con 0.667, por debajo del promedio nacional que es 0.746, del promedio mundial de 0.700, y del promedio de América Latina y el Caribe de 0.739 comparándose su nivel de desarrollo con el de Gabón en África, y si estas cifras son alarmantes lo es más que los municipios en los que se ubican y tienen jurisdicción, los denominados Juzgados de Paz y Conciliación Indígena, son de los considerados focos rojos a nivel nacional, por su alto grado de marginación.¹⁴

La incorporación a la estructura jurisdiccional de Chiapas de 16 juzgados de Paz y Conciliación Indígena, no puede tomarse como forma de elevar el desarrollo humano de estas comunidades, ni como un acercamiento real de la jurisdicción del estado a los pueblos indígenas, máxime que estos pueblos y comunidades cuentan con su propio sistema normativo, mediante el cual resuelven la mayoría de sus conflictos.

Se pretende que en los juzgados de paz y conciliación indígena consideren al momento de resolver los conflictos que se les planteen los principios de oralidad, conciliación, inmediatez, sencillez y pronta resolución, pero se olvida que cada pueblo y comunidad cuenta con una

¹² Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas, Título Quinto De los Juzgados de Paz y Conciliación y de Paz y Conciliación Indígena, disponible en: <http://www.legislacion.poderjudicialchiapas.gob.mx>.

¹³ Para más información visitar Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Índice para el Desarrollo Humano para las Entidades Federativas, México, 2015, disponible en: <http://www.mx.undp.org>.

¹⁴ Para más información visitar "microrregiones", disponible en: <http://www.microrregiones.gob.mx>.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

cosmovisión y saberes diversos, que pueden dificultar la solución o, por el contrario, abonar a esta.

De lo anterior, se desprende que la impartición de justicia en materia penal en estos juzgados es limitada. En primer lugar, por su esfera territorial que se circunscribe a los 16 pueblos y comunidades en que se ubican, elegidos estos con base en la opinión del Consejo de la Judicatura, partiendo del supuesto que se trata de los municipios mayoritariamente indígenas, aunque no los únicos.

El espíritu del legislador en el Código de Organización es la incorporación dentro de los procedimientos de los usos, costumbres y tradiciones para que conforme a ellos se substancie el trámite y se resuelvan los conflictos que surjan entre las personas que habitan comunidades indígenas, lo cual es del todo plausible; sin embargo, las limitaciones que le impone a esa permisión son: salvaguardar la garantía de audiencia y el respeto a los derechos humanos de las partes, genera una occidentalización, es decir, vulnera el sistema normativo de las comunidades, al imponerles la idea de respeto a lo que nosotros consideramos derechos humanos, y que para ellos es desconocido, olvidando el respeto a las diferencias y el diálogo intercultural.

Por otro lado, la atención que reciben del juez es en su lengua materna, elemento de gran importancia debido a que la mayoría no habla español, esto puede facilitar la solución de controversias, quedando las partes conformes con los acuerdos ahí tomados, ya que la mayoría de los casos que dan solución son respetados por las partes en conflicto, esto debido a que comparten la cosmovisión; sin embargo, la misma ley da la posibilidad de incumplir el acuerdo al expresar que también pueden dejarse a salvo sus derechos para que los hagan valer en la instancia correspondiente, lo que deja a estas autoridades, precisamente, con una competencia especial de conciliadores y no de plenos resolutores.

En suma, en los juzgados de paz y conciliación indígena substancian y resuelven los conflictos que se suscitan entre los miembros de comunidades indígenas del Estado, aplicando sus usos, costumbres y tradiciones, pero salvaguardando las garantías individuales que establece la Constitución general de la República y el respeto a los derechos humanos.

VI. COMPONENTES DE LA INTERCULTURALIDAD NECESARIOS PARA EL DEBIDO PROCESO EN EL CONTEXTO CHIAPANECO

Si se considera necesario que el derecho al debido proceso penal incluya componentes interculturales, los juzgados de paz y conciliación indígena de Chiapas se presentan como una oportunidad de concretarlo.

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

En los juzgados de este tipo, los operadores judiciales deben conocer la cosmovisión y saberes diversos de los pueblos, comunidades, localidades, rancherías, ejidos, riberas o municipios, en los que ejercen su jurisdicción, y, en consecuencia, la solución al conflicto en el que se vea involucrado, por ejemplo, que uno de sus integrantes o los bienes comunales se basara en el diálogo intercultural y el respeto a las diferencias.

Se exponen a continuación algunos componentes de la interculturalidad que son necesarios considerar en el debido proceso penal.

El primero es el de “diálogo intercultural”, que desde el plano educativo puede trasladarse a lo jurídico para ser, como establece Casillas,¹⁵ ese proceso de interlocución y aprendizaje en reciprocidad que favorece las condiciones para la integración de saberes derivados de culturas diversas, las cuales se enriquecen unas a otras.

Fornet,¹⁶ al referirse al diálogo intercultural señala que exige una conciencia, un aprecio, una autoestima de lo mejor de nosotros mismos como miembros de una cultura, porque ya hemos discernido nuestra propia cultura y hemos desenmascarado, en cierta forma, las manipulaciones dogmáticas de la imagen de una cultura, ya no defendemos un cliché; en otras palabras ponerlo en práctica requiere tener conciencia de la propia cultura en todas sus dimensiones con sus virtudes y defectos, para aceptar el modo de ser de los otros, lo que en el debido proceso se vuelve indispensable en el contexto de los pueblos originarios.

El segundo componente de lo intercultural es “la defensa del respeto a la diferencia cultural y lingüística”; que si bien es cierto, en las Constituciones políticas vigentes en el siglo XXI es reconocido,¹⁷ ese solo reconocimiento resulta insuficiente, pues se necesita legislación secundaria que lo justifique.

Desde la perspectiva jurídica es indispensable entender que dentro de un Estado existen diferentes culturas que interactúan, por lo tanto, es lógico suponer que cada una cuente con su propio sistema normativo; es decir, que cada pueblo y comunidad tenga un conjunto de normas que sea reflejo de su esquema de valores, sin embargo, esta situación aún no es atendida como se debería y se mantiene el monismo jurídico.

¹⁵ Casillas Muñoz, María de Lourdes y Santini Villar, Laura, *Universidad Intercultural Modelo Educativo*, 2a. ed., México, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, 2009.

¹⁶ Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, *Reflexiones de Raúl Fornet-Betancourt sobre el concepto de interculturalidad*, México, SEP, 2007.

¹⁷ Bastiani Gómez José, “Fronteras lingüísticas: una aproximación al estudio de las lenguas indígenas”, en Vila Toni (comp.), *Lengua, interculturalidad e identidad*, Girona, Documenta Universitaria-Universidad de Girona, 2007.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

En síntesis, para que el debido proceso penal sea realizable en los pueblos y comunidades originarias de Chiapas es menester respetar las diferencias culturales, y no sólo reconocer los denominados usos y costumbres.

Un tercer componente es el derecho a la identidad cultural, que se refleja en el derecho de toda persona a ser escuchada en los tribunales, mediante el uso de su propia lengua materna, y, en su caso, en ser asistido por un intérprete calificado; pero pese a ser reconocida esta posibilidad en la ley penal, para que realmente se cumpla el cometido de que los justiciables de pueblos originarios accedan a la justicia bajo el esquema del debido proceso, las autoridades judiciales a las que se someten deberían conocer de la cosmovisión¹⁸ de estos colectivos, siendo, además, lo idóneo que dicho conocimiento se adquiriera de manera directa.

Desafortunadamente, lo inclusivo del proceso penal se limita a la participación de un intérprete en las diligencias y audiencias en que participe la persona que pertenezca a un pueblo originario.

Por último, un elemento fundamental de la interculturalidad en el debido proceso es el necesario dominio por parte de las y los operadores del sistema de justicia penal de los saberes diversos de los pueblos originarios, entendidos estos en el sentido que lo hace Ávila¹⁹ como el conjunto de conocimientos prácticos, experimentales y reflexivos que forman parte del patrimonio cultural de los pueblos y se transmiten por generaciones, mediante un mecanismo de pedagogía comunitaria, en otras palabras, se refieren al conocimiento profundo del espacio territorial: la comunidad, el patio, la cocina, la milpa, la cueva, a una práctica cotidiana de saberes (el cultivo, la preparación de alimentos, el corte de leña, etcétera), y a una tradición fundamentalmente oral; pues el contar con estos saberes permite, verbigracia, al juzgador o juzgadora emitir resoluciones contextualizadas y más apegadas a la realidad de estos pueblos.

En este punto cabe mencionar que nuestro vecino país de Guatemala, con el que tanto por cuestiones históricas como por razones culturales, al menos en Chiapas se guarda mucha similitud. En su sistema jurídico penal se distinguen componentes interculturales de forma clara y precisa tales como el diálogo y el respeto a las diferencias, que, inclu-

¹⁸ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la cosmovisión es la visión o concepción global del universo, en otras palabras, su forma de ver y entender el mundo que les rodea o su realidad. Disponible en: <http://www.rae.es>.

¹⁹ Ávila, León, "La agroecología en resistencia: Poder, autonomía y diálogo en la formación de promotores comunitarios en el noreste de Chiapas", *Argumentos*, núm. 41, abril de 2002, pp. 59-90.

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

sive, son ejes transversales de políticas públicas que su ley fundamental reconoce, por ejemplo, la creación en el Instituto para la Defensa Pública Penal de la Unidad de Defensorías Indígenas para documentar casos de defensa de personas indígenas por medio de peritajes antropológicos. Esta unidad ha abierto el camino para que el Organismo Judicial Guatemalteco emita sentencias con pertinencia cultural.²⁰

VII. REFLEXIONES FINALES

Si el objeto del debido proceso penal es que los derechos del imputado no corran el riesgo de ser violentados, así como también obtener del órgano jurisdiccional un proceso justo, pronto y transparente, entonces requiere en el contexto de los pueblos originarios de la interculturalidad como enfoque jurídico que trata de resolver conflictos en la diversidad cultural.

La interculturalidad le proporciona al debido proceso un diseño jurídico integral que toma en cuenta la identidad de los pueblos y comunidades originarias y los visibiliza; propicia además el respeto, la interacción y el diálogo en la diversidad, fomenta entre otros valores la democracia y la ciudadanía.

El manejo de la convivencia en la diversidad aporta diferentes herramientas (lengua, saberes diversos y cosmovisión) que acercan al conocimiento de las diferentes culturas que conviven dentro de una misma entidad federativa, como es el caso de Chiapas.

En Chiapas se encuentran vigentes ordenamientos jurídicos que demuestran la vinculación de la interculturalidad y el debido proceso, lo que justifica que esa diversidad cultural y su complejidad sea atendida de manera integral como parte del contenido del debido proceso penal.

Los juzgados de paz y conciliación indígena de Chiapas se presentan como una oportunidad de consolidar el debido proceso penal intercultural, toda vez que en esos juzgados los operadores judiciales conocen directamente la cosmovisión y saberse diversos de los pueblos, comunidades, localidades, rancherías, ejidos, riberas o municipios, en los que ejercen su jurisdicción y en consecuencia la solución al conflicto en el que se vea involucrado, por ejemplo, uno de sus integrantes o los bienes comunales se basara en el diálogo intercultural y que el respeto a las diferencias.

²⁰ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional Guatemala*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

DESAFÍOS DEL DEBIDO PROCESO PENAL...

Se ha demostrado que en escenarios de diversidad cultural, el derecho al debido proceso requiere de la inclusión de componentes interculturales tales como el respeto a las diferencias, el diálogo intercultural, los saberes diversos, la lengua originaria, la cosmovisión que complementen los principios y figuras jurídicas que ya lo integran, como es el caso del derecho a un juicio público ante jueza o juez competente, los derechos de las víctimas, la presunción de inocencia, la defensa adecuada, la garantía para ofrecer pruebas y el desahogo de las mismas.

Por lo expuesto, y a manera de propuesta, en primer lugar sería adecuada la inclusión de la interculturalidad como un principio del sistema de justicia penal, pues existen minorías significativas que requieren de la atención a sus diversidades de manera seria.

Por otro lado, se debe impulsar desde la academia la incorporación del enfoque intercultural como eje transversal en la enseñanza del derecho para contar con más herramientas que permitan a los operadores del sistema de justicia penal una mejor toma de decisiones dentro del proceso, y además proporcionaría nuevas habilidades y competencias a las y los estudiantes de la ciencia del derecho. Cabe mencionar que en algunas de las universidades interculturales, como es el caso de Chiapas, Tabasco y Puebla ya cuentan con programas de la Licenciatura en Derecho, sin embargo, esto no es suficiente, debe permear hacia todos los programas de educación superior.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, León, "La agroecología en resistencia: poder, autonomía y diálogo en la formación de promotores comunitarios en el noreste de Chiapas", *Argumentos*, núm. 41, abril de 2002.
- BASTIANI GÓMEZ José, "Fronteras lingüísticas: una aproximación al estudio de las lenguas indígenas", *Lengua, interculturalidad e identidad*, Girona, Documenta Universitaria, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI Editores, 2005
- CASILLAS MUÑOZ, María de Lourdes y SANTINI VILLAR, Laura, *Universidad Intercultural Modelo Educativo*, México, Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, 2009.
- Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas, México, 1o. de julio de 2009, *Periódico Oficial del Estado*: 18 de marzo 2015.

MANUEL GUSTAVO OCAMPO MUÑOZ

- Constitución Política del Estado libre y soberano de Chiapas, México, 29 de diciembre de 2016, Periódico Oficial del Estado: 31 de enero de 2018.
- Coordinación General de Educación Intercultural y Bilingüe, SEP, *Reflexiones de Raúl Fornet-Betancourt Sobre el Concepto de Interculturalidad*, México, SEP, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso concepto general y regulación en la convención americana sobre derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 117, año XXXIX, 2006.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Protocolo de acceso a la justicia penal intercultural y coordinación interinstitucional Guatemala*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.
- Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas, México, 29 de julio 1999. *Periódico Oficial*, 28 de diciembre de 2016,
- TODOROV, Tzvetan, *La Conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 2007.
- TODOROV, Tzvetan, *Nosotros y los otros*, trad. de Martí Mur Ubasart, México, Siglo XXI, 1991.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? ESTUDIO SOBRE LA VALIDEZ, PROTECCIÓN Y EXIGIBILIDAD EXTRATERRITORIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Carlos Manuel ROSALES*

Resumen: Los derechos tienen diversas variables para su aplicación, dos de ellas son: la vigencia y el territorio. Pero qué pasa con los derechos constitucionales de las personas cuando se localizan en el extranjero, se deben proteger de la misma manera cuando se reside en el país o fuera del mismo, o acaso se reducen estos. Este trabajo analiza la validez, la exigibilidad y los alcances de los derechos fundamentales de las personas fuera del país.

Palabras claves: Constitución, derechos, internacionalidad, exigibilidad, protección.

Abstract: *The rights have diverse variables for his application, two of them are: the force and the territory. But what happens with the constitutional laws of the persons when they are located abroad, they must be protected from the same way when one resides in the country or out of the same one, or perhaps these diminish. This work analyzes the validity, the recoverableness and the limits of the fundamental rights of the persons out of the country.*

Keywords: *Constitution, rights, internationality, recoverableness, protection.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Constitución y constitucionalidad. III. Derechos fundamentales. IV. Espacio de validez de la norma constitucional. V. Territorialidad y extraterritorialidad. VI. Tutela de los derechos fundamentales. VII. Igualdad en derechos. VIII. Interpretación constitucional y conforme. IX. Principios pro persona y progresividad. X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

* Centro de Investigación y Docencia Económicas.

CARLOS MANUEL ROSALES

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales provienen del Poder Legislativo, que los construye y reconoce conforme un proceso para que gocen de validez.¹ Este proceso legislativo está controlado en su forma y su fondo por el Poder Judicial, para su vigencia plena.²

Las normas fundamentales contienen la voluntad del soberano para que haya una identidad entre la norma y los gobernados, para que exista legitimidad y democracia plena.³

Las leyes tienen un ámbito espacial de aplicación, dependiendo de su organización administrativa y de gobierno, como puede ser un Estado federalista o uno centralista. En el primer caso habrá normas generales, estatales y municipales, y, en el segundo caso, leyes nacionales y ordenanzas locales administrativas.⁴

Este trabajo analiza y estudia la validez de los derechos fundamentales en su ámbito territorial, y reconoce de manera general que todas las personas gozan o cuentan con los derechos contenidos en su carta política, pero no se señala un límite espacial para poder exigirlos y hacerlos efectivos.

Las prerrogativas constitucionales, lógicamente son válidas y justificables dentro del país, pero afuera del país de origen ¿las personas tendrían los mismos derechos fundamentales? ¿Qué derechos se le deben brindar u otorgar a una persona en el extranjero? ¿En qué forma deben cumplirse los derechos fuera del país? ¿Se pueden exigir derechos al Estado fuera de territorio nacional? ¿Se reducen los derechos constitucionales de una persona, si está en el extranjero?

Debe notarse que las Constituciones no ponen un límite de validez espacial a los derechos de las personas. Varias Constituciones refieren, de una manera u otra, la máxima “Todas las personas tendrán derecho a...”, en que, si se elabora una interpretación literal, se debería reconocer los mismos derechos, dentro y fuera del Estado, porque la cita mencionada no señala que sólo sean efectivos exclusivamente en su país.⁵

Por otro lado, es conocido el derecho de asistencia que brinda el servicio exterior por medio de los consulados en el extranjero. Ellos facilitan o realizan trámites administrativos, permiten el ejercicio del voto,

¹ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, USA, Harvard Press, 1991.

² Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

³ Hart, Herbert L.A., *El concepto del derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1989.

⁴ Villoro Toranzo, Miguel, “La norma jurídica y sus caracteres”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, núm. 111, 1978.

⁵ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

apoyan legalmente en problemas de tracto jurídico, proveen asesoría a los nacionales en conflictos legales, e incluso, ayudan en casos de salud o de fallecimiento, entre otros servicios. Por lo que hay una serie de derechos fundamentales que se conservan, tutelan y se hacen efectivos en el extranjero. En el actual escenario, sólo algunos derechos son reconocidos en el extranjero, pero ¿por qué esa consideración y distinción? ¿Sería posible modificar esta situación?

Por lo que se intentará averiguar si los derechos fundamentales, se deben tutelar y vigilar fuera del país como una obligación del Estado, y cómo operaría esa internacionalización sin violar la soberanía ni el orden normativo del otro Estado.⁶

Para empezar esta investigación es primordial conocer qué son los derechos fundamentales, cuál es su objeto, y estar al tanto de su ámbito de validez; esto implica, si son válidos sólo en el territorio o si estos derechos son intrínsecos e inalienables extraterritorialmente. Se debe considerar que es obligación del Estado proteger los derechos fundamentales, pero no hay un apartado que indique que su protección sólo sea en el país. Ahora, por qué debería existir una distinción en la tutela constitucional entre un habitante y un nacional fuera del país. En este sentido, se interpretará la Constitución utilizando los principios pro persona y de progresividad. Con lo anterior, se podrá resolver si las personas cuentan y pueden gozar de sus derechos fundamentales en el extranjero: una ubicuidad legal.

El objetivo es proporcionar por medio de la hermenéutica, una respuesta ante esta laguna jurídica.⁷ Podrían suceder dos actos: definir que las personas (viajantes o residentes en el extranjero) no tienen las mismas prerrogativas que los habitantes en el país y sólo cuentan con un mínimo de derechos asistenciales, y en el supuesto afirmativo, las personas estarían facultadas para reclamar, internacionalmente, la satisfacción de sus derechos fundamentales.

II. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución tiene variadas acepciones que van desde la utilitaria, orgánica, garantista, política y otras tantas.⁸ Este documento proviene

⁶ Ruiz, Ramón, "La distinción entre reglas y principios", *Derecho y Realidad*, España, núm. 20, 2012.

⁷ Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Colombia, Universidad de Externado, 1990.

⁸ Rocca, María Elena, *Teoría de la Constitución*, Uruguay, Universidad de la República, 2014.

CARLOS MANUEL ROSALES

idealmente del soberano y contiene la voluntad ciudadana.⁹ Los ciudadanos han delegado su representación en sus pares para que lleven su voz, intereses y defiendan sus asuntos comunes. En cuanto a su composición, es un conjunto de garantías mínimas de la población y de principios regentes para el Estado.

De esta forma, la democracia se vuelve el instrumento del pueblo para poder obtener seguridad y justicia, por medio de normas jurídicas que tutelarán las prerrogativas de todos los habitantes en el país.¹⁰

A los derechos de la población contenidos en la Constitución se les reconoce como derechos fundamentales, y son el mínimo de prerrogativas con las que cuentan las personas para poder vivir dignamente y que limitan el poder y acción del Estado.¹¹

La constitucionalidad es la circunstancia de atener una cosa a lo dispuesto a la Constitución; es decir, es a partir de una solicitud o un acto de autoridad el juzgamiento o reconocimiento de su validez, la verificación de su validez considerando el apego y respeto a la Constitución.¹²

La constitucionalidad es un elemento significativo y constructivo, porque, materialmente, a través de ello, se enuncia la defensa de la constitucionalidad. Ahora, los derechos contenidos en el código político nacional son de reconocimiento obligatorio y eje rector para los actos de las autoridades; mientras que para las personas son de orden dispositivo, esto significa que su utilización está a su libre consideración cuando lo requieran o soliciten.

Además, se debe considerar que los derechos constitucionales son la garantía para que las personas detenten y exijan al Estado la tutela y vigilancia de estos derechos; por lo que contar con un control de constitucionalidad se vuelve vital para la vigencia de la misma, y poder generar certidumbre a las personas.

Existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos a cargo del Poder Judicial.

⁹ El modelo de Estado democrático de derecho es una de las evoluciones histórico-políticas del estado de derecho (*rule of law*). Estos valores no sólo deben ser rectores de la organización administrativa y/o de sus decisiones, sino que deben considerarse para las distintas esferas del poder público. Véase Orozco Henríquez, José de Jesús, "Estado de derecho", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, vol. III, D-E, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

¹⁰ Sorokin, Pitrim, "Características de las normas jurídicas", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 9, núm. 2, 1982.

¹¹ Sentencia: T 049/93, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Colombia, febrero de 1993.

¹² Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc, 2010.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente, y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la autoridad jurisdiccional para que determine la interpretación constitucional que debe preponderar en el orden jurídico nacional.¹³ Es preciso y necesario señalar que todas las demás autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes realizando *la interpretación más favorable* a la persona para lograr la defensa más amplia de sus derechos, sin tener la posibilidad de no aplicar o declarar su incompatibilidad.¹⁴

III. DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales provienen de un pacto político. Éstos tienen idealmente, un origen democrático, en que los representados expondrán el sentir y necesidades de la sociedad para que sean reconocidos diversos valores y bienes.

Para varios juristas, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto;¹⁵ es decir, son derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado determinado.

Los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona dentro del Estado y de la sociedad. Cabe destacar que a los derechos fundamentales no los crea el poder político, además de que se impone al Estado la obligación de tutelarlos, protegerlos y garantizarlos, y, en su caso, sancionar su incumplimiento.¹⁶

La estructura normativa de los derechos fundamentales está basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados ac-

¹³ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Fontamara, 2011.

¹⁴ Tesis: P.LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, libro 3, diciembre de 2011, p. 557.

¹⁵ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 2000.

¹⁶ Randy Barnett estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. Barnett, Randy, *Restoring the Lost Constitution*, USA, Princeton Press, 2004.

CARLOS MANUEL ROSALES

tos, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo, y la estructura del derecho subjetivo tiene varios elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que se va a distinguir las facultades; por otra parte, el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos, únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares.¹⁷ En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.

La Constitución no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

Los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que, por un lado, se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva) y, por el otro, se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva).¹⁸ En un sistema jurídico, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares.

Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales, en las relaciones entre particulares, no se puede soste-

¹⁷ Tesis: 1ª./J.15/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 2, libro 13, junio de 2011, p. 798.

¹⁸ Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

ner de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos, y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos, constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado.¹⁹

Ningún derecho fundamental es absoluto y, en esa medida, todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario, con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Constitución; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales, y c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.²⁰

El juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible, dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos, y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones

¹⁹ Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999.

²⁰ Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent*, Nueva York, Oxford, 2008.

CARLOS MANUEL ROSALES

de tratamiento que pueden considerarse proporcionales.²¹ De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.²²

Los derechos fundamentales son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Por lo que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos.

Así, en las democracias constitucionales actuales, la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos.

Algunas de estas reglas están consagradas expresamente en las Constituciones, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí, que el legislador es competente, genéricamente, para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas con fines como con medios, en tanto que su labor normativa para garantizar que los límites estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.²³

²¹ Tribe, Laurence H., *On Reading the Constitution*, USA, Harvard Press, 1991.

²² Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, libro 5, febrero de 2012, p. 533.

²³ Tesis: P. XII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.XXXIV, Agosto de 2011, p. 23.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

IV. ESPACIO DE VALIDEZ DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

El principio general que rige para la aplicación de la ley procesal es con base y límite en el espacio en que la normatividad sea aplicable. Para limitar o excluir el imperio de esta regla, es necesario que exista una disposición expresa que contenga casos específicos de excepción, en los que se autorice la aplicación del derecho extranjero. De modo que, si no existen disposiciones legales expedidas por el legislador, tratados o convenciones aprobados conforme a la Constitución, en los que se contempla que ciertos actos de los órganos jurisdiccionales se atengan a las leyes procedimentales extranjeras, éstas no pueden ser aplicables.²⁴ Como ejemplo, de tal permisión de extraterritorialidad, se puede citar el contenido de la Convención de La Haya, en donde se estableció que los jueces de los países que la suscribieron, al remitir una carga rogatoria a otro país, pueden pedir que el acto procesal encomendado se lleve a cabo de acuerdo con las leyes procesales vigentes en el país del requerimiento.

V. TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

La validez territorial de las leyes se circunscribe al lugar en donde ejerce su soberanía el poder del Estado que las dictó y rige para todos los sujetos que se coloquen dentro de la hipótesis de la norma, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto, de tal suerte que la ley procesal es esencialmente territorial y no podrá aplicarse otra que no sea la nacional, en razón del imperio de la soberanía estatal.²⁵

La ley que quebranta los principios de orden público de otro Estado nunca puede tener aplicación fuera del territorio sujeto a la soberanía del Estado que la dictó, y las leyes de procedimientos judiciales que, por su naturaleza especial, afectan la responsabilidad moral del Estado son de derecho público y sólo pueden obligar a los súbditos del mismo Estado, sin afectar a personas domiciliadas en otras jurisdicciones que residen fuera del territorio en que la ley impera.²⁶

Por ejemplo, la Constitución federal en México prevé una prohibición de extraterritorialidad de las normas expedidas en una entidad federati-

²⁴ Soeharno, Jonathan, *The Integrity of the Judge*, Inglaterra, Ashgate, 2009.

²⁵ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 76, Segunda Parte, p. 57.

²⁶ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XXXVIII, p. 428.

CARLOS MANUEL ROSALES

va respecto de otra, lo que se traduce en que la legislación de un Estado sólo tiene obligatoriedad en su territorio, en atención a que cada entidad federativa legisla para su propio ámbito territorial y no para uno diverso.²⁷ De ahí que dicho precepto constitucional no establece una regla de competencia judicial, sino que reconoce las reglas generales de colaboración entre entidades federativas. Estas reglas competenciales no siempre determinan las leyes sustantivas que serán aplicables al caso, pues si bien, sí determinan jurisdicción por territorio, dependerá de la litis en concreto, la competencia material que se actualice en cada caso. Esto es, si no existe una cuestión extraordinaria que justifique un conflicto entre la competencia del juzgador y la normatividad sustantiva, no ha lugar a dicha división, pues resulta absurdo obligar al juez competente a aplicar una legislación que desconoce.²⁸

Ahora, si se analiza este asunto con una perspectiva internacional se tienen varios escenarios. En el primero, se debe considerar que los derechos fundamentales son intrínsecos e inalienables a la persona. Estos nacen de manera intrínseca por la relación entre el Estado y la persona. Su ámbito de protección no está sujeto a estar en el país, no hay norma que lo señale. Por otro lado, se puede considerar como límite a los derechos fundamentales, que su cumplimiento y tutela sea factible en cuanto las condiciones de infraestructura locales del Estado para poder hacerlos realizables, y que la solicitud de una persona, en materia de derechos, genera más que un reconocimiento, sino que el cumplimiento está comprometido con las condiciones para poder proteger sus derechos.²⁹ Sin embargo, en materia internacional no se ha limitado el alcance de los derechos fundamentales, por lo que se puede considerar y vislumbrar la posibilidad para exigir la tutela de las normas constitucionales de manera extraterritorial.

VI. TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución establece que todas las personas gozan de los derechos fundamentales.³⁰ La tutela de éstos supone, en primer término, el acceso

²⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 121.

²⁸ Tesis aislada 1a.CXXVII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.II, libro 29, abril de 2016, p.1132.

²⁹ Fallon, Richard H., *The Dynamic Constitution*, USA, Cambridge University Press, 2004.

³⁰ De Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2004.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

a las instituciones públicas y, por otro lado, a la jurisdicción, es decir, que el gobernado pueda disfrutar de sus derechos y, en segundo, el derecho que tiene a obtener una sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada y su cabal ejecución, que deberá ser pronta, completa e imparcial. Por tanto, el acceso a un recurso efectivo, sencillo y rápido, mediante el cual los jueces y tribunales protegen de manera eficaz el ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona que lo solicite.³¹

El tratamiento constitucional del derecho a la tutela efectiva debe descansar en el principio de igualdad de todas las personas, al libre acceso a la jurisdicción y la protección del Estado.³²

La noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona; sin embargo, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse, por sí misma, ofensiva de la dignidad humana.³³ Por tanto, sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de una justificación objetiva y razonable”. Ahora bien, las distinciones que constituyen diferencias compatibles deben ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos fundamentales. En ese tenor, se tiene la obligación de no introducir o eliminar de su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.³⁴

La Constitución debe establecer que todas las personas sean iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio, ni favor.

³¹ Tesis aislada: II.8o. (I Región) 1 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, Libro 13, octubre de 2012, p. 2864.

³² TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE ESE DERECHO DEBE SER IGUAL PARA PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS. Esta tesis fue objeto de estudio en la contradicción de tesis 360/2013 del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aparece como superada (aunque materialmente no lo fuera) por la Tesis: P. /J. 1/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 16, marzo de 2015, p. 117.

³³ Figueroa, Edwin, “Jueces y argumentación”, *Revista del Poder Judicial*, Perú, año 6, núm. 9, 2012.

³⁴ Tesis: 1ª. /J. 49/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 35, octubre de 2016, p. 370.

CARLOS MANUEL ROSALES

El principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos; lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando, implícitamente, la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que *dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado*. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación, la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

El aspecto formal del acceso a la justicia se refiere a la obligación de las autoridades de dar respuesta de manera pronta, completa, imparcial y gratuita a las solicitudes de los particulares (partes en un procedimiento) respetando las formalidades del procedimiento; desde luego, ello no significa que necesariamente se resolverá en forma favorable a los intereses del justiciable, sino sólo en los casos que en derecho proceda.³⁵ Por su parte, el aspecto material del derecho de acceso a la justicia, complementa al primero, pues se refiere a la obligación de la autoridad de hacer cumplir sus resoluciones y, especialmente, cuando se trata de una sentencia definitiva o laudo que ha sido favorable a los intereses de alguna de las partes. Por tanto, no es posible sostener que se respeta el derecho fundamental de acceso a la justicia, aunque se dé respuesta al justiciable en los términos de ley si no se atiende al aspecto material o subgarantía de “ejecución de resoluciones” o de “justicia cumplida”, que otorga a los gobernados el derecho a que los fallos dictados por las autoridades jurisdiccionales se notifiquen y cumplan cabalmente, ya que, de otra manera, la prerrogativa constitucional

³⁵ Tesis: 1a. IJ. 81/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 99.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

y convencional, primeramente indicada, tendría sólo carácter adjetivo o procesal.³⁶

Las garantías que subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto:

1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³⁷ Se estima como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), debiendo interpretarse al principio pro personae, o sea la interpretación más favorable que permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.³⁸

VII. IGUALDAD EN DERECHOS

Las personas cuentan con los mismos derechos e igualdad en la norma jurídica, no se distingue que ésta se modifique por estar en diferentes latitudes.³⁹ Por lo que solicitar los mismos derechos que un residente, es factible como argumento para solicitar al Estado la validez extraterritorial de los derechos fundamentales.

La administración de justicia como derecho público subjetivo se ve cada vez más distante por el siguiente motivo: la tendencia a convertir las resoluciones judiciales en tratados teóricos de derecho, olvidando que la academia (la teoría) corresponde a las universidades, mientras que la función propia de los órganos del Estado, encargados de la administración de justicia, es precisamente esa, la de administrar justicia, donde la

³⁶ Tesis aislada XXXI.4 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1105.

³⁷ Tesis: VI.1o.A. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, T.II Libro 11, Agosto de 2012, p. 1096.

³⁸ Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, USA, Harvard University Press, 2007.

³⁹ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*, México, UNAM, 2005.

CARLOS MANUEL ROSALES

técnica debe estar al servicio de ésta. La exigencia de que se trate de manera expresa absolutamente todos los tópicos plasmados por las partes, renglón a renglón, punto a punto, a pesar de que muchos de ellos no revelen una seria intención de defensa, sino abrir un abanico de posibilidades para ver cuál prospera, con el grave riesgo para el juzgador de incurrir en alguna omisión.⁴⁰

Los justiciables deben dar las pautas para buscar el valor justicia, es decir, no debe caerse en el extremo de que absolutamente todo quede escrito, sin mayor esfuerzo del intelecto para llegar al punto final.⁴¹

Los fallos deben dictarse para resolver litigios, hacer justicia, atender los planteamientos serios de las partes, razonar para justificar y convencer, y pueda afirmarse que se cumplen a cabalidad los principios de exhaustividad y congruencia correlativos a la satisfacción del servicio público de administración de justicia.⁴²

VIII. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONFORME⁴³

Existen dos criterios positivos para identificar qué debe entenderse por “interpretación directa” de un precepto constitucional: 1) la interpretación directa de un precepto constitucional con el objeto de desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, para lo cual puede atenderse a la voluntad del legislador o al sentido lingüístico, lógico u objetivo de las palabras, a fin de entender el auténtico significado de la normativa, y ello se logra al utilizar los métodos gramatical, analógico, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico. Esto implica que la sentencia del tribunal colegiado de circuito efectivamente debe fijar o explicar el sentido o alcance del contenido de una disposición constitucional, y 2) la interpretación directa de normas constitucionales que por sus características especiales y el carácter supremo del órgano que las crea y modifica, además de concurrir las reglas generales de interpretación, pueden tomarse en cuenta otros aspectos de tipo histórico, político, social y económico.⁴⁴

La supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás

⁴⁰ Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Madrid, Paidós, 2003.

⁴¹ Redondo, María Cristina, “La justificación de las decisiones judiciales”, *Revista Isegoría*, España, núm. 21, 1999.

⁴² Tesis aislada VIII.4o.16 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1397.

⁴³ Tarr, Alan, *Judicial Process and Judicial Policymaking*, USA, Wadsworth, 2010.

⁴⁴ Tesis: 1a. /J. 63/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 329.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución.⁴⁵ En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas inconstitucionales, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prologan, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas.⁴⁶ A su eficacia normativa directa, se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, es una consecuencia elemental de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto.⁴⁷

Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez; es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución, y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse.⁴⁸ *El juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción.*⁴⁹

La interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta, a su vez, en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador.⁵⁰ En el caso de la ley, fruto de

⁴⁵ Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa, 1982.

⁴⁶ Sin embargo, la situación se complica cuando existe conflicto entre principios. En estos supuestos, para Zagrebelsky se deberá resolver dando preferencia al principio que tenga mayor acercamiento a los derechos políticos, pues de lo contrario estaría en riesgo el régimen democrático. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

⁴⁷ Para conocer más sobre el tema del origen de los principios en materia constitucional, léase a Hernández Valle, Rubén, *Los principios constitucionales*, Costa Rica, Escuela Judicial, 1992.

⁴⁸ Medellín, Ximena, *Principio pro persona*, México, SCJN, 2013.

⁴⁹ Malem, Jorge *et al.*, *La función judicial*, México, Gedisa, 2003.

⁵⁰ Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Power*, USA, Yale Press, 1986.

CARLOS MANUEL ROSALES

la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez.⁵¹ Asimismo, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución se ve reforzado por el principio pro persona, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo.⁵²

La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde. En caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.⁵³

El principio de interpretación conforme se fundamenta en el diverso de conservación legal, lo que supone que dicha interpretación está limitada por dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo; por un lado, aquél encuentra su límite en la voluntad del legislador, es decir, se relaciona con la funcionalidad y el alcance que el legislador imprimió a la norma y, por otro, el criterio objetivo es el resultado final o el propio texto de la norma en cuestión.⁵⁴ En el caso de la voluntad objetiva del legislador, la interpretación conforme puede realizarse siempre y cuando el sentido normativo resultante de la ley no conlleve una distorsión, sino una atemperación o adecuación frente al texto original de la disposición normativa impugnada; asimismo, el principio de interpretación conforme se fundamenta en una presunción general de validez de las normas que tiene como propósito la conservación de las leyes; por ello, se trata de un método que opera antes de estimar inconstitucional o inconveniente un precepto legal.⁵⁵

En ese sentido, sólo cuando exista una clara incompatibilidad o contradicción que se torne insalvable entre una norma ordinaria y la Consti-

⁵¹ Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*, España, Taurus, 1999.

⁵² Tesis: 1a. IJ. 37/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 42, mayo de 2017, p. 239.

⁵³ Posner, Richard, *How Judges Think*, USA, Harvard Press, 2008.

⁵⁴ Squella, Agustín, "Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Chile, 2006.

⁵⁵ Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

tución, se realizará una declaración de inconstitucionalidad, por tanto, el operador jurídico, al utilizar el principio de interpretación conforme, deberá agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada un significado que la haga compatible con la Constitución.⁵⁶

Al respecto, dicha técnica interpretativa está íntimamente vinculada con el principio de interpretación más favorable a la persona, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme de todas las normas expedidas por el legislador al texto constitucional, en aquellos escenarios en los que permita la efectividad de los derechos de las personas frente al vacío legislativo que previsiblemente pudiera ocasionar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de observancia general. Por tanto, mientras las personas frente al vacío legislativo que previsiblemente pudiera ocasionar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de observancia general. Por tanto, mientras la interpretación conforme supone armonizar su contenido con el texto constitucional, *el principio de interpretación más favorable a la persona lo potencia significativamente, al obligar al operador jurídico a optar por la disposición que más beneficie a la persona y en todo caso a la sociedad.*⁵⁷

La interpretación conforme a la Constitución debe prevalecer como la interpretación válida, eficaz y funcional, es decir, de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales dado que es la normatividad de mayor jerarquía y que debe regir sobre todo el sistema normativo. El fin de la interpretación conforme, es lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional.⁵⁸

IX. PRINCIPIOS PRO PERSONA Y PROGRESIVIDAD

En el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable (en materia de derechos humanos), atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia

⁵⁶ Gómez, Yolanda, "Estado Constitucional y protección internacional", *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, México, CNDH, 2014.

⁵⁷ Tesis aislada P. II/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 42, mayo de 2017, p. 161.

⁵⁸ Tesis: I.4o.A. J/41, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 177591.

CARLOS MANUEL ROSALES

entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.⁵⁹

En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio “pro persona” tiene dos variantes: a) directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: 1) principio favor *libertatis*, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo, y ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; 2) principio de protección a víctimas o principio favor *debilis*, referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad, y b) directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.⁶⁰

El principio de progresividad estuvo originalmente vinculado a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), porque se estimaba que éstos imponían a los Estados, obligaciones positivas de actuación que implicaban el suministro de recursos económicos y que su plena realización estaba condicionada por las circunstancias económicas, políticas y jurídicas de cada país. Así, en los instrumentos internacionales que reconocieron estos derechos, se incluyó el principio de progresividad con la finalidad de hacer patente que esos derechos no constituyen meros “objetivos programáticos”, sino genuinos derechos humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados, como la de garantizar niveles mínimos en el disfrute de esos derechos, garantizar su ejercicio sin discriminación, y la obligación de tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción; así como obligaciones de cumplimiento mediato que deben ser acometidas progresivamente en función de las circunstancias específicas de cada país.⁶¹

⁵⁹ Tesis: 1a./J.107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, libro 13, octubre de 2012, p. 799.

⁶⁰ Tesis aislada: I.4o.A.20 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 1, diciembre de 2013, p. 1211.

⁶¹ Tesis: 1a. /J. 86/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 47, octubre de 2017, p. 191.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

Así, *la progresividad constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional*, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.⁶²

El principio de progresividad que rige en materia de los Derechos Humanos implica tanto gradualidad como progreso.⁶³ La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los DDHH no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, *el principio de progresividad se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual*.

El Estado tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos.⁶⁴ Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los DDHH y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos fundamentales de quienes se someten al orden jurídico del Estado.⁶⁵

⁶² Tesis aislada: I.4o.A.9 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, libro 19, abril de 2013, p. 2254.

⁶³ Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, USA, Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

⁶⁴ Nino, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, USA, Yale, 1996.

⁶⁵ Tesis aislada: 2a. CXXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, t. II libro 24, noviembre de 2015, p. 1298.

CARLOS MANUEL ROSALES

X. CONCLUSIONES

- Este artículo tuvo por objeto el reconocimiento y la protección internacional de los derechos fundamentales. Esta investigación se realizó desde varios puntos, presentando una propuesta para saber si debe haber tal internacionalización. Creando un espacio para el debate, y reflexionar sobre esta aporía.
- Los derechos fundamentales son inalienables, intrínsecos e imprescriptibles. Pero qué sucede con ellos fuera del territorio nacional, ¿se debería seguir tutelando los mismos o sólo son válidos y exigibles en el país de origen?
- Se expuso el caso de México, en que la ley del servicio exterior considera una serie de derechos de los nacionales en el extranjero. Por lo que es manifiesto, que hay derechos fundamentales de aplicación internacional, y que no hay determinación legal o judicial que limite o extinga los demás derechos constitucionales y cuando se solicite la tutela constitucional de éstos, se debe reflexionar que las autoridades como servidores públicos están obligados a garantizar los derechos fundamentales y los derechos humanos. Asimismo, la norma legislativa menciona que el personal en el exterior debe defender los derechos de los nacionales. Pero no dice qué derechos, ni bajo qué circunstancias debe hacerse esta protección.⁶⁶
- El principio de igualdad jurídica determina que todas las personas gozan de los mismos derechos, mas no se menciona lugar ni tiempo, por lo que los visitantes y residentes en el extranjero poseen los mismos derechos que los que viven en el país y, por tanto, los pueden exigir al Estado. No concederlos por estar fuera de territorio nacional, crearía una desigualdad con el resto de los nacionales, ocasionando un agravio a sus derechos, y un daño por no actuar en aras de esa tutela.
- Las interpretaciones jurisdiccionales expuestas establecen que debe considerarse la mayor protección a la persona; pero no establece ni fija el espacio geográfico donde se encuentre la persona. Asimismo, el principio de progresividad no sólo podría tratar de adquirir mayores derechos y libertades, sino que podría atender y entender a la validez espacial en otros Estados.
- Este tema puede mirarse como una posición ventajosa para las personas que están fuera del país; pero más bien, se trata del re-

⁶⁶ SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el PJF*, México, SCJN, 2011.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

- conocimiento pleno de sus derechos fundamentales, y que no se deben ni pueden reducir estos, sólo por estar fuera en el extranjero.
- La nacionalidad crea un vínculo entre la persona y el Estado. Existen derechos y obligaciones sinalagmáticas; que no se extinguen ni menguan, sino hay una norma expresa que lo advierta o señale.
 - Actualmente, las personas poseen un conjunto de derechos de asistencia mínima internacional, ¿pero legalmente, es debido y obligado hacer efectivos todos los derechos fundamentales en el extranjero? La respuesta debería reflexionar varios temas adicionales como: la soberanía, la normatividad y las costumbres del Estado en que se solicitan estos derechos, para que no haya un conflicto internacional. Y un factor muy importante ypreciado, el costo financiero de esta protección fuera del país.
 - Hay varias aristas en el tema analizado. El debate está puesto para tomar y defender una posición. Pues como lo mencionó Tocqueville: “Lo importante en una república, es la discusión de los asuntos públicos”.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People. Foundations*, USA, Harvard Press, 1991.
- ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc, 2010.
- ARAGÓN Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Colombia, Universidad de Externado, 1990.
- AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Fontamara, 2011.
- BARNETT, Randy, *Restoring the Lost Constitution*, USA, Princeton Press, 2004.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Power*, USA, Yale press, 1986.
- BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999.

CARLOS MANUEL ROSALES

- DE Zan, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2004.
- DWORKIN, Ronald, *Virtud soberana*, Madrid, Paidós, 2003.
- FIGUEROA, Edwin, "Jueces y argumentación", *Revista del Poder Judicial*, Perú, año 6, núm. 9, 2012.
- FALLON, Richard H., "The Dynamic Constitution", USA, Cambridge University Press, 2004.
- GERHARDT, Michael J., *The Power of Precedent*, Nueva York, Oxford, 2008.
- GÓMEZ, Yolanda, *Estado Constitucional y protección internacional, en Presente, pasado y futuro de los DDHH*, México, CNDH, 2014.
- GUARNIERI, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política*, España, Taurus, 1999.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1989.
- HERNÁNDEZ Valle, Rubén, *Los principios constitucionales*, Costa Rica, Escuela Judicial. 1992.
- HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1994.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, USA, Harvard University Press, 2007.
- MARSHALL, Geoffrey, *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa, 1982.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio pro persona*, México, SCJN, 2013.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, USA, Yale, 1996.
- OROZCO Henríquez, José de Jesús, "Estado de derecho", *Enciclopedia Jurídica Mexicana, vol. III, D-E*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- POSNER, Richard, *How Judges Think*, USA, Harvard Press, 2008.
- PÉREZ Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*, México, UNAM, 2005.
- REDONDO, María Cristina, "La justificación de las decisiones judiciales", *Revista Isegoría*, España, núm. 21, 1999.
- RUIZ, Ramón, "La distinción entre reglas y principios", *Derecho y Realidad*, España, núm. 20, 2012.

¿SON INTERNACIONALES LOS DERECHOS...

- ROCCA, María Elena, *Teoría de la Constitución*, Uruguay, Universidad de la República, 2014.
- SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el PJF*, México, SCJN, 2011.
- SOEHARNO, Jonathan, *The Integrity of the Judge*, Inglaterra, Ashgate, 2009.
- SOROKIN, Pitrim, "Características de las normas jurídicas", *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 9, núm. 2, 1982.
- SQUELLA, Agustín, "Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, Chile, 2006.
- TARR, Alan, *Judicial Process and Judicial Policymaking*, USA, Wadsworth, 2010.
- TRIBE, Laurence H., *On Reading the Constitution*, USA, Harvard Press, 1991.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 2000.
- VILLORO TORANZO, Miguel, "La norma jurídica y sus caracteres", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, núm. 111, 1978.
- WOLFE, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, USA, Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

Jurisprudencia

- Sentencia: T 049/93, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Colombia, febrero de 1993.
- Tesis: 1ª./J.15/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 2 libro 13, junio el 2011.
- Tesis: P.LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I libro 3, diciembre de 2011.
- Tesis: P. XII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.XXXIV, agosto de 2011.
- Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 76, segunda parte.
- Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t.XXXVIII.
- Tesis aislada 1a.CXXVII/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II libro 29, abril de 2016.

CARLOS MANUEL ROSALES

- Tesis aislada: II.8o. (I Región) 1 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, libro 13, octubre de 2012.
- Tesis: 1ª. /J. 49/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 35, octubre de 2016.
- Tesis: 1a. /J. 81/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XX, octubre 2004.
- Tesis aislada XXXI.4 K, *Semanario Judicial e la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XXXIII, mayo de 2011.
- Tesis: VI.1o.A. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, T.II Libro 11, agosto de 2012.
- Tesis aislada VIII.4o.16 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T.XXI, mayo de 2005.
- Tesis: 1a. /J. 63/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010.
- Tesis: 1a. /J. 37/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 42, mayo de 2017.
- Tesis aislada P. II/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 42, mayo de 2017.
- Tesis: I.4o.A. J/41, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005.
- Tesis: 1a./J.107/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II libro 13, octubre de 2012.
- Tesis aislada: I.4o.A.20 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II libro 1, diciembre de 2013.
- Tesis: 1a. /J. 86/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I libro 47, octubre de 2017.
- Tesis aislada: I.4o.A.9 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III Libro 19, abril de 2013.
- Tesis aislada: 2a. CXXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.II libro 24, noviembre de 2015.

DISCURSO DE INVESTIDURA COMO MINISTRA DE LA SCJN POR YASMÍN ESQUIVEL MOSSA

Suprema Corte de Justicia de la Nación
22 de marzo de 2019

He de confesar que me siento muy emocionada, razones de sobra para ello, ¿verdad? Doctor Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, compañeras y compañeros Ministros de este Máximo Tribunal de la República Mexicana; magistradas y magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial; señora, señores consejeros de la judicatura federal; magistradas magistrados, juezas, jueces del Poder Judicial de la Federación.

Nada con la fuerza, todo con el derecho y la razón, resuena en las paredes de este recinto y que conmemoran al benemérito que un día como hoy, hace doscientos trece años, naciera en San Pablo Guelatao, Oaxaca, don Benito Juárez García, quien también fue presidente de esta casa de justicia.

Deseo agradecer —cumplidamente— las palabras del ministro José Fernando Franco González Salas, que en mucho me honran y distinguen. Muchas gracias, señor ministro.

También agradecer a mis compañeros ministros su cálida recepción, el día de hoy.

Nuestra Constitución Política, instrumento fundacional del que emana toda ley y acto de autoridad, es la expresión máxima de la voluntad de una nación por organizarse y encaminar sus esfuerzos colectivos, hacia un fin común, el bienestar de quienes en conjunto hacemos esta gran nación que es México.

Como producto de nuestro devenir histórico, la Constitución consagra como punto de partida al ser humano y los derechos inalienables, al tiempo que les plasman la organización, facultades y obligaciones del gobierno y sus instituciones, que giran en torno a la seguridad, la protección y la garantía.

YASMÍN ESQUIVEL MOSSA

Es, en pocas palabras, la materialización de la voluntad popular en la que se enmarcan rumbo y destino del país como expresión de sus añoranzas, deseos y anhelos; así como los instrumentos que se utilizarán para lograr estos fines.

Como tal, su defensa y resguardo es y debe ser prioridad para todas y todos los que entendemos al derecho como el medio para garantizar la convivencia armónica de la sociedad; en particular, para quienes tenemos la función de impartir justicia.

Así como se ha expresado en forma constante y permanente por quienes integran y han integrado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía de nuestra Constitución impera sobre el marco jurídico normativo, deviene precisamente en la importancia de nuestra norma fundamental que establece los derechos humanos donde se plasma la convicción innegable de nuestra dignidad como personas.

En tal virtud, la función que realiza el Poder Judicial de la Federación, en particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es prioritaria para la vida de la República.

Hoy más que nunca, tenemos la obligación de ser un poder independiente, del que surjan los equilibrios y certezas para todos los que formamos parte del Estado Mexicano. Como lo ha señalado el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar, la autonomía e independencia del Poder Judicial se demuestra todos los días con sus resoluciones; somos depositarios con la facultad indelegable de interpretar el texto constitucional y resolver a ciencia y conciencia aquellas controversias en las que se presume una violación a los principios y eyectados de nuestra norma fundamental, sobre todo, aquéllas que transgreden derechos humanos.

Me sumo a los trabajos que desde siempre han distinguido a este tribunal constitucional como cuerpo colegiado, integrado por profesionales del derecho, con sobrada capacidad jurídica y humana, que ha entendido y ejercido con responsabilidad y valentía el conocimiento del destacado papel que corresponde al tribunal constitucional.

Como tal, vigilaré que las disposiciones legales y administrativas, así como la actuación de las autoridades y la conducta de los particulares en nuestro país, se ajusten y respondan adecuadamente, a los mandatos consagrados por nuestra Constitución, a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

Por ello, pugnaré por los principios que dan soporte a nuestro Estado constitucional y democrático de derecho, como lo son: la soberanía, la supremacía constitucional, el derecho internacional, la división de poderes, la independencia y autonomía de los jueces y magistrados.

DISCURSO DE INVESTIDURA COMO MINISTRA...

Ante este honorable pleno refrendo mi compromiso indeclinable con el Estado de derecho; habré de cumplir a cabalidad con los mandatos del Código de Ética del Poder Judicial de la Federación y desempeñarme siempre, atendiendo los principios de independencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo y excelencia pero, sobre todo, privilegiando en todo momento los derechos humanos.

Es indispensable que continuemos con la visión humanista que inspiró a los Constituyentes Liberales de 1857, y se complementó con la convicción social de los de 1917.

Los problemas y las diferencias sociales, aunque distintos, siguen siendo lacerantes para las y los mexicanos; en mi labor diaria será una constante la búsqueda integral y transversal de la igualdad sustantiva en la que sólo es posible alcanzarla por medio de la equidad.

Para ello, habré de guiarme, además de mis principios y convicciones, con las reflexiones jurisprudenciales de este máximo tribunal, en donde se ha reiterado la convicción social de nuestra Constitución.

Desde hace varios años este tribunal se ha destacado por su grado de cumplimiento con respecto a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y de su competencia, diversas sentencias y resoluciones progresistas, así como el diseño y la instrumentación de medidas, entre los que se encuentra la adopción de protocolos; le merecieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el reconocimiento de la Organización de Naciones Unidas, por su contribución a la promoción y protección de los derechos humanos.

Es necesario que esta tendencia progresista prevalezca y se replique de forma estructural y sistemática en todas las instancias que integran el Poder Judicial, pues habrá temas que requieren de todo nuestro talento y visión para resolver conforme al dinamismo social, se requiere: temas como la ética aplicada al derecho, la bioética, los derechos fundamentales de dimensión ambiental y tecnológica, la justicia intergeneracional, la cultura de la paz, la cultura social y comunitaria de respeto a los derechos humanos, el reconocimiento a nuevas libertades y múltiples manifestaciones de la dignidad humana. Son algunas de las vertientes de los derechos humanos que, sin duda, estarán presentes en la agenda de trabajo de esta Corte constitucional.

Es nuestro deber estar preparados para resolverlos con responsabilidad y visión de Estado, teniendo en cuenta las consecuencias de nuestras decisiones; no podemos ni debemos tratar de imponer criterios, sin considerar la dinámica y evolución de la sociedad, tampoco podemos abstraernos y pretender que todo es estático, debemos tener la sensibilidad para que las resoluciones que adoptemos sean acordes a la condición del país y de la sociedad.

YASMÍN ESQUIVEL MOSSA

Por ello, me comprometo a estar siempre a la vanguardia, mantenerme en actualización constante, conocer el mundo y los paradigmas de nuestro tiempo, que no sólo implica el estudio profundo de las controversias y elaboración de proyectos, sino también mantener un contacto permanente con el entorno social para dictar sentencias que cuenten con rigor jurídico que exige la alta especialización de este máximo tribunal; además, que sean eficaces y acordes a la realidad que vive la sociedad mexicana.

El efectivo acceso a la justicia en nuestro país, todavía está lejos de ser una realidad plena para un amplio universo de personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la urgencia de garantizar la posibilidad de que cualquier persona —independientemente de su condición— tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia, a los mecanismos, a las instancias para la determinación de los derechos y resoluciones de sus conflictos.

En ese tenor, habremos de analizar en el dictado de cada resolución, que se cumplan a cabalidad los principios del debido proceso, con lo que reforzaremos la convicción garantista que ha caracterizado al Tribunal Constitucional.

No quisiera dejar de reconocer la vocación de servicio y la capacidad técnica, la carrera profesional y el trabajo diario que realizan las y los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación en todo el territorio nacional; magistrados, jueces, secretarios, todas y todos los servidores públicos del Poder Judicial constituyen la columna vertebral del sistema de impartición de justicia en México.

Colegas, no soy ajena, no soy extraña, ni soy de fuera, con humildad y honra me declaro parte del sistema de impartición de justicia de este país; mi solidaridad con todas y todos ustedes servidores públicos del Poder Judicial Federal, en mí tendrán una aliada.

Señor presidente, ministra, ministros, consejeros, magistrados y jueces. La vida, como la de muchas mujeres en el servicio público, es el resultado del esfuerzo y la dedicación. En mi experiencia como juzgadora he enfrentado los obstáculos y las limitaciones que los estereotipos de la cultura de género aún imponen a las mujeres; hoy más que nunca, tengo la convicción por mantener la tendencia que ha marcado el máximo tribunal de la Nación, y juzgar con perspectiva de género para crear un mejor México.

En doscientos años de existencia de nuestro máximo tribunal, más de quinientos ministros varones han sido designados, y solamente doce mujeres hemos tenido el privilegio de ocupar el cargo; vaya mi reconocimiento —a propósito de este honorable recinto— a las mujeres que con

DISCURSO DE INVESTIDURA COMO MINISTRA...

talento, tenacidad, coraje y visión de Estado, han ocupado el cargo de ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; celebro y honro el ejemplo y la trayectoria y el legado de María Cristina Salmorán, Livier Ayala Manzo, Gloria León Orantes, Fausta Moreno Flores, Victoria Adato Green, Irma Cué Sarquis, Clementina Gil Guillén, Olga Sánchez Cordero, Margarita Luna Ramos y, de mi ahora colega, Norma Lucía Piña Hernández.

Todas ellas han demostrado a cabalidad que el estudio, la dedicación y el esfuerzo en las tareas cotidianas, son la única cualidad que nos brindan la igualdad de oportunidades, a todas ellas, así como a las millones de mujeres y niñas mexicanas que merecen un mundo mejor, de esta Corte constitucional, dedicaré la gestión del mandato por el que he sido designada.

Creo firmemente en la incursión de la mujer en las diversas actividades productivas, y no debe entenderse en función de una cuota obligada de género, sino porque las mujeres que concursan por determinados puestos tengan las mismas oportunidades que los hombres para acceder a ellos.

Señoras y señores, vivimos tiempos difíciles que debemos afrontar y sortear responsablemente, la desigualdad, pobreza y violencia, discriminación, impunidad y corrupción merman la confianza de la gente en las instituciones del Estado, su atención y solución requieren de convicción y compromiso de todos; la sociedad y los Poderes del Estado debemos reencontrarnos para hacer frente a estos males que nos laceran y frenan, nuestro desarrollo como nación no bastan, la oposición reiterada y la crítica vana que sólo confrontan y dividen en detrimento de todos, se requiere de acciones concretas y expeditas para mantener el rumbo propuesto en el texto constitucional.

Estoy convencida que la nación no es sólo el lugar donde se nace, es el lugar donde decidimos estar y no irnos; la nación es el lugar donde están nuestros recuerdos, nuestros ancestros, nuestras historias, y también donde fincamos nuestros proyectos, anhelos y propósitos; la nación es una acción cotidiana, todos los días la hacemos, es lo único que nos pertenece y a lo único que pertenecemos, es lo más profundo del acto de voluntad, libertad individual y social envuelta en el marco del derecho; debemos dejar atrás todo aquello que nos divide y sumarnos a las coincidencias, todos los que amamos a México, deseamos vivir en paz, reconciliarnos con nosotros mismos, deseamos acabar con la inequidad y encauzarnos al bienestar creciente y reiterado, para lo cual fortalecer el Estado de derecho deberá ser lo más urgente y prioritario.

YASMÍN ESQUIVEL MOSSA

Amigas y amigos, México atraviesa por momentos de retos y desafíos, la fuerza de nuestra cultura siempre nos ha sacado adelante, hoy más que nunca el país necesita de todas y todos, de nuestra entrega y nuestra pasión; hoy vengo a refrendar mi compromiso irrenunciable con la justicia y el derecho por el bien de México, por el bien de los mexicanos. Muchas gracias.

THE AUTONOMY OF NON-ELECTED PUBLIC BODIES AND THE NATURE OF POPULIST GOVERNMENTS

Cesare PINELLI*

The issue of autonomy of non-elected public bodies from political branches requires a brief account of how the principle of separation of powers was firstly combined with that of democracy. It is such historical background, rather than theoretical or logical premises, that explains how these principles melt together in constitutional democracies, as well as the challenges which autonomy of non-elected authorities are there currently meeting.

According to a Montesquieu's celebrated dictum, "There would be an end of every thing, were the same man, or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals' (Esprit des lois, Book XI, Chap. VI). While referring to the risks of concentration of powers into the same body "whether of the nobles or of the people", Montesquieu relied on the ancient doctrine of the mixed government which Polybius had derived from the Roman Republic, where each branch was expected to represent a certain social class.

The American and the French Revolution dissolved this feature of the mixed government, denying whatever principle of dynastic legitimacy and preventing noblemen from being represented in parliament. Few decades later, being aware of such change, Tocqueville warned however that a government entirely composed of elected authorities would result in a 'tyranny of the majority', and hoped for balancing democracy with an 'aristocracy of talents and virtues' which could rely on its own merits rather than on right of birth. Aristocracy, he asserted, is 'more skilful in the science of the legislator than democracy can be', emphasizing that

* Professor of Constitutional Law at the Faculty of Law, Sapienza University of Rome. Presentation to the International Seminar "Equilibrium, Continuities and Autonomies: Challenges of Democratic Practice", April 29, 2019, Institute of Legal Research of the National Autonomous University of Mexico.

CESARE PINELLI

those who govern do not have 'interests contrary to the mass of the governed', since their virtues could then become 'almost useless' and the talents 'fatal' (de Tocqueville, A., *Democracy in America* (University of Chicago Press 2002)).

Since then, the issue was posed of how 'aristocracies of talents and virtues' could be inserted in a democratic system whenever interests of elected authorities counter those of citizens. The issue exhibited a broader scope than that concerning 'the least dangerous branch', as Alexander Hamilton had depicted the judiciary at the time of the US Constituent Assembly. It also regarded public goods whose achievement might be better pursued through the intervention of non-elected bodies different from courts.

Unlike the US, where the first independent agency was established for the sake of granting market competition in 1890 (Sherman Act), in Europe and in Latin America introduction of such bodies occurred only in the 20th century, and with greater difficulties.

In Western continental Europe, it was only in the aftermath of the totalitarian demise that the new constitutions of these countries fully recognized the democratic principle and, on the other hand, followed Tocqueville's suggestion that an 'aristocracy of talents and virtues' could balance the 'tyranny of the majority'. Not only independence of judges from the political branches was thus ensured, but constitutional review over legislation was also established with the aim of ensuring effective protection of fundamental rights. While remaining at the centre of democratic life, Parliament was no more conceived as the exclusive, or even the highest, institution capable of granting fundamental rights. To the contrary, these rights should bind not only administrative bodies and the judiciary, but also statutory law. With the establishment of constitutional review over legislation, the question was raised as to the courts' legitimacy in striking down the product of democratically elected authorities. However, the Tocquevillian 'tyranny of the majority' raises no less of a question of legitimacy than the Alexander Bickel's 'counter-majoritarian difficulty'. The point is that both these questions translate into diverging interpretations of the power's structural divide as settled in the constitution, and of the conflicting conceptions of power that the constitution embodies. On functional grounds, conflicts in which the rule of law stands in opposition to democracy appear thus physiological within the framework of democratic constitutions, to the extent that these recognize the rights of citizens outside the realm of politics, and in the meanwhile give citizens the chance to maintain the legitimacy of such realm through the exertion of their own political rights. The spheres of democracy and of the rule of law

THE AUTONOMY OF NON-ELECTED PUBLIC...

are structurally divided in terms of power because such division is reputed instrumental to the exertion of citizens' fundamental rights.

A new balance was thus reached in constitutional democracies among public authorities. It was certainly more sophisticated and demanding than that imagined by Montesquieu or Madison, although it pursued the same end of limiting an excessive concentration of powers.

We experiment everywhere that threats to constitutional democracy may lurk outside the perimeter of what has traditionally been labelled as 'violation of civil liberties'. Unlike such acts as closing down a newspaper, phenomena such as governing parties virtually monopolizing access to the media through patronage deals or proxy arrangements, or state/party/business ties creating vast resource disparities between incumbents and opposition, may not be viewed as civil liberties violations. We should be aware that "the use of political power to gain access to other goods is a tyrannical use. Thus, an old description of tyranny is generalized: princes become tyrants, according to medieval writers, when they seize the property or invade the family of their subjects" (M. Walzer). Nowadays, the use of political power to gain access to other goods constitutes an infringement of citizens' political rights. Since their exercise is necessary for free elections, protective devices preventing such infringements need to be included among the attributes of democracy.

The worldwide rise of independent authorities different from courts is believed to respond to such need. These authorities are indeed called to protect certain public goods, be it free market competition, financial stability, fair access to public services or to the media, or the genuine choice of electors, from undue interventions of elected authorities. We can easily hear a Tocquevillian echo about the importance that those who govern do not have 'interests contrary to the mass of the governed', since their virtues could then become 'almost useless' and their talents 'fatal'.

In a different reading, the diffusion of independent authorities is due to the fact that, when the problems faced by society require long-term solutions, politicians have few incentives to develop policies the success of which is likely to come after the next elections (G.D. Majone). Delegation of certain policies to central banks or independent authorities amounts here to a transfer of powers to decision-makers removed from election returns, and, at the same time, better equipped than politicians to act on the basis of expertise. Rather than on the presumption, lying at the core of the rule of law, that unrestricted majorities would infringe minorities' and citizens' rights, the legitimacy of independent authorities appears here founded on functional reasons, namely on pursuing efficiency-oriented policies which electorally accountable branches of government are

CESARE PINELLI

unable to deal with. Given the high complexity of contemporary government, political rulers are unlikely to be provided with the necessary talents and virtues in every field, which technically equipped members are instead expected to ensure within single ad hoc bodies. The legitimacy of independent authorities might then rest on their capacity of pursuing certain public goods better than elected authorities.

These thesis, that might partly be combined, are however challenged by the accountability issue. Definitely, independent bodies are subject to many other forms of accountability and derive their legitimacy from other sources than the electoral process. All these mechanisms serve specific goals and no alternative source of legitimacy is sufficiently comparable to political accountability to replace it entirely, even though they all play an important complementary role. The lack of democratic legitimacy, or 'counter-majoritarian difficulty', is the Achille's heel of independent authorities even more than of constitutional courts.

To what extent, then, the lack of democratic legitimacy overrides the arguments that independent bodies are more capable than the elected ones in pursuing certain public goods and/or concur in avoiding concentration of power in the hands of the latter? In constitutional terms, it could be argued, public goods are goods that should be achieved in the interest of the governed. And, once demonstrated that these goods are better achieved by independent bodies than by elected authorities, there should be sufficient ground for concluding that the former deserve to be preserved, even if they are non elected.

The issue cannot however be settled only on constitutional grounds, nor within a dialogue between scholars and public officials. It requires a broader understanding, that necessarily involves the public opinion. Here comes the major difficulty, both because of the technical language adopted by the independent or supervisory authorities, and because of their structural remoteness from the public. Furthermore, the simplified language of the media is far from contributing to a real comprehension of the issues at stake. Finally, I have not mentioned yet 'the elephant in the room' of our discourse, namely the populist wave which is affecting constitutional democracies worldwide.

In the last decades, the rise of populist leaders and parties has occurred not only in countries affected by the 'third wave of democratization' (S.Eisenstadt) but also in those characterized by longstanding democratic traditions. Once in charge, populist leaders rely solely on the "will of the people" to justify their claims to be upholding democracy, without observing (and, indeed, sometimes manipulating) the other principles

THE AUTONOMY OF NON-ELECTED PUBLIC...

and institutional devices deemed necessary for establishing or maintaining democracy.

During the Cold War, the expectation was that democratic countries would be threatened by authoritarian regimes, i.e. from the outside. Instead, with the worldwide spread of democracy following the fall of the Berlin wall, threats to democracy are now appearing from within democratic countries. These threats do not simply consist in the rise of populist leaders and in the increasing concentration of media ownership. A greater cause for concern is the fact that both these phenomena tend to be justified with arguments relying on constitutional principles themselves. Concentration of media power is e.g. justified on grounds of economic freedom, regardless of whether it damages freedom of information. Populist leaders also tend to misrepresent parliamentary procedures or the independence of the judiciary, and to claim that they themselves are above other powers because they have been legitimised by the will of the people.

In the practice, whenever they win the elections, populists adopt a winner takes-all approach that is at odds with the premises of constitutional democracy. And the popular reaction to such approach is usually weak, or at least weaker than advocates of constitutional democracy may expect.

Unsurprisingly, independent authorities are under attack as well. In the populist narrative, the power of these authorities is substantially illegitimate on the ground that they are not elected by the people. And, whenever populists win the elections, be it parliamentary or presidential, they tend to render irrelevant the functions of independent or supervisory authorities, or to appoint new members who are prone to their commands (similarly to the court packing plan), if not to dismantle altogether those bodies that might counter their wishes.

So far, I attempted to demonstrate that the establishment of non elected authorities aimed at pursuing certain public goods can be justified in constitutional terms to the extent that such authorities prove to be more adequate than the political branches in pursuing those goods. Such way of legitimising the role of independent or supervisory authorities rests on the presumption that in constitutional democracies it is citizens' rights and the values attached to citizenship, such as democracy, dignity, equality, and liberty, that are paramount. Accordingly, the functions assigned to public authorities depend on their capability of granting citizens' fundamental rights and/or of pursuing certain public goods, rather on whether public authorities are popularly elected.

CESARE PINELLI

The populist wave, I added, is likely to threaten such assessment, not only because of the winner take-all approach which populist governments tend to adopt, but also because, in spite of their obsessive appeal to the people's will, they discredit among the people the values that are meant to ensure the priority of citizens' needs over those of power in a constitutional democracy.

It is worth adding that the scope of the populist challenge varies according inter alia to the non elected authority against which it is addressed. The closer are the tasks of such authority to the very functioning of democracy, the broader it becomes the scope of the populist challenge. Given these premises, threats on independence of electoral authorities represent an utmost danger for the very essence of democracy.

Although, in democratic countries, not always electoral management is conferred to independent authorities, their establishment always reveals a pressing need to entrust an impartial body, rather than government's officials, with the function of monitoring compliance with electoral law. Conversely, abolition of an electoral authority whose impartiality is widely acknowledged, or curtailment of its functions, reflects clearly the intention of concentrating power in the hands of the President or of the majority.

In such cases, attention should be driven on the value which the electors themselves are used to attribute to their choice. The greater they expect their genuine choice to be respected from public authorities, the more they should feel attached to the need for granting such choice through the intervention of independent electoral bodies, and therefore react against government's manoeuvres aimed at abolishing these bodies or at curtailing their functions. However, these popular feelings are far from frequent in many national contexts. It is rather public disaffection toward democratic procedures that prevails.

Awareness of the issue's importance emerges from the European Conferences of Electoral Management Bodies, annually co-organised by the Venice Commission and local EMBs in different European countries, the next one of which will be held in Bratislava on June 27-28. The EMB Conferences' primary aim is to pool and share knowledge and expertise on international standards, domestic legislation and good practice in the electoral field in general. Interestingly, the conclusions of the last EMB Conference, held in Oslo on April 19-20 2018, state inter alia that "In recent years the role of social media in elections has considerably increased; social media represent a powerful tool of communication and exchanges. However, the legal framework regulating media coverage of elections was not designed for social media and needs to be addressed. Misinformation, disinformation and "fake news" during electoral cam-

THE AUTONOMY OF NON-ELECTED PUBLIC...

paigns are a major challenge for democratic elections and compromise the level playing field amongst political contestants. Countering them, however, should not be at the expense of freedom of expression. Data-driven electoral campaigning on social media, based on segmentation and profiling of users, is a growing phenomenon which should be better regulated, in order to ensure transparency and data protection, lest public trust and a level playing field be compromised”.

According to a recent Report of the Electoral Integrity Project, “There is widespread concern in many countries about low or falling turnout, public disaffection, party polarization, and the failure of elections to ensure legitimate outcomes. Electoral malpractices continue to undermine contests around the world, from overt cases of violence and intimidation to disinformation campaigns, cybersecurity threats, barriers to voting, and the under-representation of women and minority candidates.” The 2018 Italian elections are taken as an example of how “Despite high quality elections overall, politicization of media regulation, lack of media diversity, and harsh libel laws may undermine the ability of Italian citizens’ to make informed political choices, particularly as the problems associated with fake news and misinformation grow more severe”.

However, these features are not typical of a single country. A striking contradiction emerges particularly where governments claiming to act in the people’s name put under threat the independence of electoral authorities, notwithstanding these are reputed to maintain the genuineness of the electors’ choices, and therefore of the people qua electorate. While opposing a vague and fictitious concept, ‘the people’, to the constitutionally organized people qua electorate, populism is clearly at odds with democracy. Why, then, it seems to meet so frequently with success among the public? A key factor of that success is due to the parallel growth of disinformation campaigns and distorted media messages, that poison most contemporary democracies. It is the connection between the populist wave and the increasing distortions of information that constitutes the greatest danger for the very maintenance of democracy. Awareness of such danger is the first step for gathering the efforts of those who believe that democracy’s maintenance goes hand in hand with respect for the rule of law, including the legal guarantees of transparent and credible election processes.