



Actualidad Jurídica en México y Cuba

Tomo I

UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO
DOCTORADO INSTITUCIONAL EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO

EDGAR ALÁN ARROYO CISNEROS
MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
(COORDINADORES)

EDGAR ALÁN ARROYO CISNEROS
MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
(COORDINADORES)

Actualidad Jurídica en México y Cuba

Tomo I



UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO
DOCTORADO INSTITUCIONAL EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO

MÉXICO, 2017

Directorio:
Mtro. Óscar Erasmo Návar García
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO

Dr. Gustavo José Cobreiro Suárez
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA

ACTUALIDAD JURÍDICA EN MÉXICO Y CUBA
Coordinadores : Edgar Alán Arroyo Cisneros y Marta Fernández Martínez

ISBN: Volumen: 978-607-503-208-5
ISBN Obra Completa: 978-607-503-207-8
Copyright © 2017
Universidad Juárez del Estado de Durango
Universidad de La Habana

Libro financiado con recursos del Programa de Fortalecimiento de la Calidad Educativa (PFCE 2017) de la Secretaría de Educación Pública

Coeditores:

- Universidad Juárez del Estado de Durango, a través del Doctorado Institucional en Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, su División de Estudios de Posgrado e Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas
- Universidad de La Habana, a través de su Facultad de Derecho

Esta obra ha sido arbitrada y dictaminada por pares académicos bajo el sistema doble ciego

Impreso en México

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
Marta Moreno Cruz Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana	
Jesús Alfredo Reyes Santaella Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango	
INTRODUCCIÓN	7
Edgar Alán Arroyo Cisneros Marta Fernández Martínez	
ACTUALIDAD DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES EN CLAVE GARANTISTA	11
Edgar Alán Arroyo Cisneros	
ALCANCES Y LÍMITES DEL AMPARO MEXICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	33
Miguel Ángel Rodríguez Vázquez	
HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO FEDERALISMO ELECTORAL EN MÉXICO	53
Raúl Montoya Zamora	
ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO	83
Ramón Gil Carreón Gallegos	
ACTUALIDAD DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO	103
Ernesto Galindo Sifuentes	
DUELO TEÓRICO ENTRE LAS FORMAS DE PROPIEDAD Y LA PROPIEDAD PRIVADA EN CUBA	129
Marta Fernández Martínez	
EL DERECHO FAMILIAR CUBANO Y LOS NUEVOS TIEMPOS: EL BRÍO JURISPRUDENCIAL	143
Leonardo Pérez Gallardo	

ACCIÓN, PROCESO Y GARANTÍAS EN CUBA	189
Martha Prieto Valdés	
Amanda Laura Prieto Valdés	
LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA. REFLEXIONANDO SOBRE SUS RETOS	209
Majela Ferrari Yaunner	
CIRCULARIDAD Y UNIVERSALIDAD EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO: RETOS PARA EL DERECHO CUBANO	223
Carlos J. Bruzón Viltres	

PRÓLOGO

El esfuerzo colectivo que el lector encuentra entre sus manos tiene como antecedente un Convenio de Colaboración que se firmó hace algunos años por los señores Rectores de la Universidad Juárez del Estado de Durango, México (UJED) y de la Universidad de La Habana, Cuba (UH), al cual le hemos dado seguimiento la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UJED y la Facultad de Derecho de la UH, centros de estudios superiores en el ámbito jurídico que nos honramos en encabezar.

La obra llamada *Actualidad jurídica en México y Cuba*, coordinada por el Dr. Edgar Alán Arroyo Cisneros (Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED y profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UJED a nivel licenciatura, especialidad, maestría y doctorado, así como miembro del Núcleo Académico Básico del Doctorado Institucional en Derecho) y la Dra. Marta Fernández Martínez (Vicedecana de Investigación y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana), reúne los esfuerzos de un connotado grupo de investigadores mexicanos y cubanos que muestran la actualidad de sus respectivos sistemas jurídicos en determinadas ramas del Derecho, tan variadas pero igual de importantes como el Derecho Constitucional, los derechos humanos, el Derecho Electoral, el Derecho Civil, el Derecho Familiar o el Derecho Mercantil, buscando promover espacios de intercambio jurídico y científico entre nuestras comunidades universitarias.

Los capítulos que integran este libro sin duda que resultarán del interés de la colectividad académica latinoamericana, pues son producto del empeño de profesores serios y con una gran trayectoria que avala sus investigaciones. Estamos seguros de que será el primero de muchos ejercicios colaborativos entre nuestras Universidades y Facultades, buscando en todo momento la calidad más alta y un rigor científico amplio. Enhorabuena a los autores y a las

instituciones que respaldan este proyecto, convertido ahora en toda una realidad. Nuestras más sinceras felicitaciones y mejores deseos para lo que viene.

Marta Moreno Cruz
Decana de la Facultad de Derecho
de la Universidad de La Habana

Jesús Alfredo Reyes Santaella
Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Juárez del Estado de Durango

INTRODUCCIÓN

La Universidad Juárez del Estado de Durango, México y la Universidad de La Habana, Cuba han trabajado de forma intensa en la estructuración de actividades conjuntas, propiciando la colaboración y vinculación interinstitucional, con la finalidad de que se vean beneficiadas nuestras respectivas comunidades académicas, tanto profesores como estudiantes. En este sentido, hace varios meses emprendimos la tarea de confeccionar un libro colectivo que aportara la visión de algunos de nuestros más destacados juristas, contribuyendo a un debate a nivel latinoamericano y a observar el fenómeno jurídico en diversos crisoles. Así nació la idea de esta obra, denominada *Actualidad jurídica en México y Cuba*, la cual, los abajofirmantes, nos honramos en coordinar, además de ser partícipes como coautores de un capítulo de ella. Expresamos nuestro entusiasmo y beneplácito ahora que sale a la luz como esfuerzo en conjunto de juristas mexicanos y cubanos.

Los trabajos mexicanos tienen diferentes perspectivas. El profesor Edgar Alán Arroyo Cisneros aborda la actualidad de los órganos constitucionales autónomos en su país, ofreciendo líneas de análisis sobre las características de los mismos, su ubicación en el mapa de la Carta Magna, además de algunos retos y desafíos que son consustanciales a su evolución. A su vez, el profesor Miguel Ángel Rodríguez Vázquez explora los alcances y límites del juicio de amparo, examinando temas como Los avances en la materia a partir de 2011, los efectos de las sentencias en materia de reparaciones y la declaratoria general de inconstitucionalidad. Mientras tanto, el profesor Raúl Montoya Zamora indaga sobre el federalismo electoral en México, refiriéndose a algunas notas sobre el federalismo en general y la práctica del mismo en materia electoral. Por su cuenta, el profesor Ramón Gil Carreón Gallegos escribe sobre la actualidad de los derechos humanos, tocando temas como los principios de interpretación que son aplicables en este tópico, el bloque de

constitucionalidad y el control de convencionalidad. Finalmente, el profesor Ernesto Galindo Sifuentes habla sobre la actualidad del Derecho Mercantil en México, refiriéndose en particular a los juicios orales mercantiles y a las etapas de los mismos.

Los capítulos elaborados por profesores cubanos abordan aristas trascendentales del debate jurídico nacional tomando como cúspide la Constitución de la República y analizando la vertiente patrimonial y familiar del derecho patrio, la gran mayoría de sus autores son profesores de reconocido prestigio nacional y algunos internacionalmente y son considerados como los líderes científicos de sus respectivas materias en Cuba. Todos aportan soluciones teóricas en pos de las modificaciones legislativas imperiosas que demanda la realidad social cubana.

La profesora Marta Fernández Martínez aborda una temática muy debatida hoy en Cuba a la luz de las transformaciones económicas y la necesidad o no de modificar el texto constitucional pues el análisis y reforma de las llamadas formas de la propiedad desde el estatuto económico constitucional es cardinal para el entendimiento de la teoría que sustentamos sobre la propiedad y para reconocer la propiedad privada y la autora ofrece consideraciones teórico jurídicas cardinales para este debate.

El profesor Leonardo B. Pérez Gallardo, como nos tiene acostumbrados, aborda con su profundísima ciencia y estilo, una temática cardinal para la sociedad cubana, la necesaria recodificación el Derecho de Familia para la protección más eficaz de las familias a tono con las dinámicas familiares que vivimos, los adelantos tecnológicos y las exigencias impuestas por los tratados internacionales, en los que Cuba es signataria. Con datos sociodemográficos contundentes y el análisis progresivo de la labor del Tribunal Supremo de Cuba logra reflejar y enaltecer la labor encomiable de los jueces y el valor de las Instrucciones del Tribunal Supremo, aplicables solo de manera infra constitucional; que han permitido acercar la justicia a la sociedad.

Con sobrada académica y experiencia que se transmite hereditariamente e impregna asegurada juventud a la rama constitucional cubana, la familia Prieto Valdés se une para introducirnos en el tema de las garantías constitucionales en sede jurisdiccional en Cuba. Sus aportes en el capítulo son significativos para estimular un cambio de pensamiento patrio en torno al tema del proceso nece-

sario de control político de la Constitución desde toda la sociedad, sujeto individual colectivo; así como los sujetos políticos.

En la misma cuerda de retos y reflexiones constitucionales la profesora Majela Ferrari Yaunner, apegada a su formación teórica y filosófica del Derecho enaltece, en su justa medida, sobre bases científicas muy atinadas, el principio de Legalidad como pivote de una sociedad políticamente organizada y como paradigma de realización del Derecho. Con crítica científica y firme la autora determina los derroteros por donde debe transitar la importancia y fines de su mejor abordaje en el texto constitucional patrio.

Por su parte el profesor Carlos J. Bruzón Viltres se adentra en su capítulo titulado holísticamente: Circularidad y universalidad en el razonamiento jurídico: retos para el derecho cubano, en un tema de notable importancia para el derecho y su aplicación; su sistema de fuentes. Aborda con profundidad la importancia del razonamiento y la argumentación de las decisiones judiciales en Cuba. En análisis científico se reflexiona sobre el criterio evolutivo de las resoluciones judiciales ante la orfandad legislativa de un sistema ordenado de fuentes en Cuba.

Es nuestra más firme convicción entonces que esta obra pueda contribuir al debate jurídico latinoamericano y que se convierta en el inicio de un diálogo entre el Derecho mexicano y el Derecho cubano. No cabe duda que nuestros pueblos se encuentran históricamente hermanados, pero sería más que fructífero para ambas naciones que tal hermandad se vea reflejada también en el quehacer académico, científico, investigativo y universitario. El presente libro intenta poner de su parte para la consecución de esta empresa. Ojalá que así sea.

Edgar Alán Arroyo Cisneros
Marta Fernández Martínez
Coordinadores

Durango, México y La Habana, Cuba
Otoño de 2017

ACTUALIDAD DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES EN CLAVE GARANTISTA

Edgar Alán Arroyo Cisneros¹

I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la división de poderes ha evolucionado en México en décadas recientes, pero como buena parte de la institucionalidad en el país, su pleno desarrollo coincide con el lento camino a la democracia. Decisión política fundamental o dogma que hay que remover al menos en su concepción original, la división de poderes ha tenido mutaciones dignas de rescatar en el panorama jurídico y político del país desde que el sistema autoritario empieza a desmontarse. No puede perderse de vista que el titular del Poder Ejecutivo fue por espacio de más de siete décadas la piedra de toque de “la dictadura perfecta” (Vargas Llosa *dixit*), en la cual tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial no eran sino poderes de opereta, poderes simulados, no obstante que desde 1917 se contaba con una Constitución formal que, incluso, fue considerada una de las más avanzadas en su momento por la introducción de derechos sociales -tales como las prerrogativas de los trabajadores y de los campesinos-.

A partir de lo anterior queda claro que la división de poderes simplemente se cancelaba en los hechos, pues la toma de decisiones estaba absolutamente monopolizada por el presidente de la República. Como se decía con anterioridad, no es sino hasta que se empieza a cimentar el trayecto hacia la democracia cuando el Congreso de la Unión y los tribunales federales, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, empiezan a tener un peso significativo en la arena distributiva del poder político. Específicamente, el parlamento adquiere un rol trascendente en 1997, cuando por vez primera el Partido Revolucionario Institucional pierde la mayoría en la Cámara de Diputados, lo cual obligó al presidente a un inédito escenario de generación de acuerdos, diálogo y concertación

.....
1 Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey; Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo, Maestro en Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango (UJED). En la actualidad dirige el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED.

con las demás fuerzas partidistas; asimismo, en 1994 tuvo lugar una reforma de gran calado que robusteció el papel de la Suprema Corte como árbitro de los asuntos nacionales más relevantes, fortificando el esquema de medios de control de la constitucionalidad como el juicio de amparo -que como se sabe, es el principal instrumento para la tutela de los derechos fundamentales en México- y la controversia constitucional -mecanismo garante de instituciones como la referida división de poderes y el federalismo-, además de crear otro especialmente crucial como la acción de inconstitucionalidad -protectora de la supremacía constitucional en vía abstracta-.

La división de poderes se transformó entonces en una genuina separación de las diversas funciones del poder público. Técnicamente y de hecho, es incorrecto hablar de “división de poderes” como tal, pues queda claro que el poder público es uno solo, que en el caso nuestro no es otro sino el Supremo Poder de la Federación al que se refiere el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Volviendo al punto, pasamos entonces de esa división de poderes a una separación de funciones que entrañó desde su génesis una labor de coordinación, coadyuvancia y equilibrio en esa visión clásica tripartita, de tal forma que ya no podía entenderse de una forma rígida sino en un plano colaboracionista, implicando que el Ejecutivo lo mismo podría realizar funciones que tradicionalmente estaría en la esfera del Legislativo o del Judicial, y así sucesivamente.

Para ilustrar de manera breve lo anterior, citando sólo un ejemplo de los muchos que hay en nuestro constitucionalismo, el Poder Ejecutivo lleva a cabo actos formalmente administrativos pero materialmente legislativos al ejercer la facultad reglamentaria de la fracción I del artículo 89 constitucional, de la misma forma que realiza actos formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales en el indulto y la amnistía. Por su parte, el Poder Legislativo hace actos formalmente legislativos pero materialmente administrativos o ejecutivos, por ejemplo, a través del quehacer de la Auditoría Superior de la Federación en temas como la revisión de la cuenta pública; asimismo, es partícipe de actos formalmente legislativos pero materialmente jurisdiccionales por conducto de medios de control constitucional como el juicio político y la declaración de procedencia. Por último, pero no por ello menos importante,

el Poder Judicial desarrolla actos formalmente jurisdiccionales pero materialmente administrativos cuando desempeña sus funciones el Consejo de la Judicatura Federal, órgano que como bien se sabe se encarga de la administración del Poder Judicial de la Federación exceptuando a la Corte; por igual, ejecuta actos formalmente jurisdiccionales pero materialmente legislativos en el momento en que se expide algún acuerdo general por parte del máximo tribunal, norma jurídica que está dotada de los caracteres de generalidad, impersonalidad y abstracción, además de que la jurisprudencia bien pudiera entrar en esta categoría.

El anterior desenvolvimiento fue acompañado de la creación de entes públicos estratégicos para la democratización que ya iba en marcha, así como para la mayor credibilidad posible del sistema político. Por antonomasia y por su naturaleza misma, tales oficinas o agencias de Derecho Público no podían quedar adscritos a ninguna de las ramas tradicionales del poder público; necesariamente tendrían que contar con una independencia objetiva y, más propiamente, de una autonomía para su eficaz funcionamiento y para su óptimo desempeño, lo cual también iba de la mano con la poca confianza que despertaba el sistema autoritario entre los ciudadanos.

¿Por qué se habla más bien de “autonomía” y no de “independencia”? La razón es que esta última se predica del Poder Legislativo y del Poder Judicial, en aras de una sana distancia y una disociación del presidente, quien siempre los vio como apéndices, lo cual persistió hasta que las condiciones del país hicieron inviable el sostenimiento del sistema de partido hegemónico-único. De tal suerte que, a partir de lo anterior, la autonomía corresponde a instituciones que desempeñan funciones esenciales en el Estado constitucional y democrático de Derecho contemporáneo, mismas que no pueden tener verificativo ni en el Ejecutivo ni en el Legislativo ni en el Judicial. Antes bien y de hecho, la regla general es que tales entes hayan emanado de la administración pública descentralizada para adquirir su nueva naturaleza jurídica, con sus debidas excepciones claro está. A desmenuzar las características y particularidades de estas agencias, sus nexos con la democracia y los derechos humanos, así como algunos de sus retos, estarán dedicadas las siguientes páginas.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO

Los órganos constitucionales autónomos son oficinas de creación reciente en la república, particularmente a partir de la década de los años noventa, tomando como marco de referencia el planteamiento que se hacía en la introducción. Al no encontrar un dispositivo constitucional que los recogiera, pero sobre todo atendiendo al hecho de que su surgimiento fue paulatino, intempestivo y difuso -tendencia que, incluso, se ha mantenido hasta la fecha-, fue la jurisprudencia aquella fuente del Derecho encargada de determinar su naturaleza jurídica con la suficiente firmeza, dadas las dudas que en un primer momento se suscitaron en algunos sectores en torno a su constitucionalidad.

¿Cómo era posible que un Estado que había abrazado la división de poderes de forma rígida, en el cual había estado cancelada de facto por la prevalencia del sistema político autoritario que rigió hasta bien entrada la última parte del siglo pasado, posibilitara la existencia de instituciones de esta clase? ¿De qué forma podía darse un alejamiento del trazado teórico de Locke y Montesquieu incluso sin tener un piso constitucional en específico? ¿Con qué facultades o bajo qué criterios el Poder Revisor de la Constitución fue incorporando a los órganos constitucionales autónomos en el texto de la ley de leyes? No sin ciertos bemoles, y retomando lo que ya se había dicho, algunos criterios jurisprudenciales fueron los encargados de contestar a interrogantes de este tipo, tales como los siguientes:

Registro No. 172,456

Localización: Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, mayo de 2007

Página: 1647

Tesis: P/J. 20/2007

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respec-

to de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. El Tribunal Pleno, el diecisiete de abril en curso, aprobó, con el número 20/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diecisiete de abril de dos mil siete.

Registro No. 170,238

Localización: Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, febrero de 2008

Página: 1871

Tesis: P/J. 12/2008

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS. Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades totales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Controversia constitucional 32/2005. Municipio de Guadalajara, Estado de Jalisco. 22 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez. El Tribunal Pleno, el catorce de enero en curso, aprobó, con el número 12/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de enero de dos mil ocho.

Las tesis reproducidas plantean que, imperiosamente, los órganos autónomos son establecidos como tales por la Constitución, coordinándose con sus similares y con las ramas tradicionales del poder público, además de que su gobierno propio debe garantizar la funcionalidad y los costos financieros que esto entraña, así como las funciones sociales de coyuntura. Con todo estaríamos de acuerdo

salvo con esta última cuestión, pues el vocablo “coyuntura” se refiere a aquellas circunstancias que caracterizan a algo en un momento específico, lo cual no es sino contrario a la esencia de los entes autónomos, mismos que llegaron para quedarse.

En las tesis de referencia también es de subrayar la idea de equilibrio institucional a la que esperan contribuir los órganos autónomos, así como el no debilitamiento de la división de poderes sino lo contrario: su fortalecimiento. En efecto, se descarga, por así decirlo, sobre todo al Poder Ejecutivo de funciones que, de alguna u otra forma, lo desgastaban en términos políticos, por lo estratégico que resultaban.

Otro punto que salta a la vista es el de la especialización, *i. e.*, que por su organización intrínseca, las atribuciones de los tantas veces citados órganos deban ser ejecutadas en ese plano de separación de los poderes públicos en su ramificación tripartita. Simplemente, y bajo el crisol democrático, no cabría que se incorporaran o reincorporaran, según sea el caso, al Ejecutivo, Legislativo o Judicial, pues esto sería una merma y una franca afrenta tanto a las demandas como a las conquistas ciudadanas.

En el plano de la construcción teórica, una de las categorizaciones más sólidas que se han estructurado sobre los órganos motivo de análisis ha sido la de Jorge Carpizo, quien refirió los siguientes elementos como propios de los entes autónomos:² 1) son establecidos por la Constitución, la cual debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes, siendo la ley la que desarrolla esas bases constitucionales; 2) realizan funciones públicas que corresponden al Estado por lo que, en consecuencia, su prioridad única es el interés público; 3) no dependen políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guardan una relación de coordinación, no de subordinación; 4) gozan de autonomía técnica y funcional, debiendo estar asegurado su presupuesto y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones; 5) su titular o titulares, así como los funcionarios, no son irresponsables, pues existen procedimientos precisos para exigirles, llegado el caso, la correspondiente responsabilidad, estando obligado el órgano a rendir cuentas; 6) realizan una labor técnica altamente especializada; 7) su actuación debe estar completamente alejada de consideraciones políticas o partidis-

2 Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 125, julio-septiembre de 2004, p. 67.

tas; 8) sus actos sólo deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley; 9) sus miembros deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como nombramiento, estabilidad, ubicación, remuneración y responsabilidad; 10) sus actos de autoridad, como cualesquiera otros de esta naturaleza, si presuntamente violan derechos o libertades, están sujetos a control jurisdiccional; y 11) si esos órganos fueran suprimidos, y sus funciones atribuidas a cualquiera de los tres poderes, se lesionaría gravemente el Estado democrático de Derecho.

Es posible advertir, a la luz de lo anterior, que en realidad los órganos constitucionales autónomos han venido a redimensionar el Estado mexicano como un todo, pues si se quiere ver bajo esa forma, son un cuarto poder que se diversifica en diez entes y los que vaya adicionando el Poder Reformador de la Constitución. Su estructura, niveles de responsabilidad, compromisos en materia de transparencia, fiscalización, rendición de cuentas y ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública son equiparables a los del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se encuentran perfectamente sometidos al imperio de la ley, por lo que las obligaciones en materia de derechos humanos les resultan aplicables.

De la misma forma que no están subordinados a ninguna de las ramas del poder público, tampoco están por encima de ellos, pues reivindicando los planteamientos y las aspiraciones praxiológicas de la división de poderes en sus horizontes contemporáneos, sostienen vínculos de equilibrio y colaboración con sus semejantes y, de nuevo, con la administración pública, con el parlamento y con los tribunales. Pasemos ahora al nivel cuantitativo e individualizador de los órganos autónomos, localizándolos en el mapa constitucional de nuestro país.

III. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO: ¿CUÁNTOS Y CUÁLES SON?

Buena parte de la falta de sistematicidad de los órganos constitucionales autónomos tiene que ver con el hecho de que se encuentran desperdigados por todo el texto constitucional; efectivamente, lo mismo están en la parte dogmática que en la parte orgánica de la Carta Magna, situación que también evidencia un problema de técnica legislativa y, por efecto cascada, de conflictos en términos de

cultura constitucional, pues nuestro código político desafortunadamente se ha ido convirtiendo en un mecano amorfo al cual le urge una revisión integral, o bien, una reordenación y consolidación.

Para contestar con cierta claridad la pregunta que abre este apartado del presente ensayo, podríamos decir que son diez los entes autónomos del Estado mexicano, aunque en vía interpretativa pudiera hablarse de más, como se verá más adelante. ¿Cuáles son? Enunciémoslos por orden y secuencia constitucional, para después de mencionar de manera muy somera algunas de sus principales atribuciones y facultades:

- Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), preconizado por el artículo 3o. constitucional, fracción IX.
- Órgano garante responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, legalmente llamado Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), preconizado por el artículo 6o. constitucional, fracción VIII.
- Organismo encargado del Sistema Nacional de Información, Estadística y Geografía, legalmente llamado Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), preconizado por el artículo 26 constitucional, apartado B.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), preconizado por el artículo 26 constitucional, apartado C.
- Banco Central, legalmente llamado Banco de México (BANXICO), preconizado por el artículo 28 constitucional, párrafo sexto.
- Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), preconizada por el artículo 28 constitucional, párrafo decimo-cuarto.
- Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), preconizado por el artículo 28 constitucional, párrafo decimoquinto.
- Instituto Nacional Electoral (INE), preconizado por el artículo 41 constitucional, fracción V, apartado A.
- Fiscalía General de la República (FGR), preconizada por el artículo 102 constitucional, apartado A.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), preconizada por el artículo 102 constitucional, apartado B.

El INEE evalúa la calidad, el desempeño y los resultados del Sistema Educativo Nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior y funge como autoridad en materia de evaluación educativa a nivel nacional y expide los lineamientos a los que, en dicha materia, deberán sujetarse las autoridades educativas. Salió a la luz en 2002, pero como parte de la llamada reforma estructural en materia educativa elevó su rango a órgano autónomo en 2013.

El INAI garantiza el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados. Su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad. Integra el Sistema Nacional en la materia. Su presidente lo encabezará. Se generó bajo esta naturaleza jurídica en la reforma constitucional del 7 de febrero de 2014 y legalmente surgió en 2015. Su antecedente es el antiguo Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), creado en 2002.

El INEGI norma y coordina el desarrollo del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, norma las actividades estadísticas y geográficas, produce información estadística y geográfica, presta el servicio público de información, misma que promueve en cuanto a su conocimiento, uso y conservación, y genera los censos económicos y de población. Tuvo su asidero por conducto de reforma constitucional del año 2006, aunque legalmente salió a la luz en 2008. Sus antecedentes se remontan a 1983.

El CONEVAL mide la pobreza y evalúa programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social y emite recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones. Se creó por principio de cuentas en 2005 pero adquirió su autonomía en 2014.

El BANXICO provee a la economía del país de moneda nacional, procura la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, promueve el sano desarrollo del sistema financiero y propicia el buen funcionamiento de los sistemas de pago. Su génesis puede remontarse hasta 1925, aunque es constitucionalmente autónomo desde 1993, siendo de hecho el primer órgano de este tipo en México, algo histórico sin duda.

La COFECE garantiza la libre competencia y concurrencia, previene, investiga y combate los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, regula el acceso a insumos esenciales y ordena la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos. Su historia da comienzo en 1992, pero no es sino hasta 2013 cuando consigue su autonomía.

El IFT desarrolla la radiodifusión y las telecomunicaciones, tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones y es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones. Su antecedente es la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), surgida en 1996; en 2013 obtiene su respectiva autonomía, la cual se formaliza de manera legal al año siguiente.

El INE organiza los procesos electorales federales, se coordina con los organismos electorales locales para la organización de los comicios de las entidades federativas, fiscaliza los recursos de los partidos políticos y promueve la cultura democrática. Nació como tal en 2014 pero como es sabido ampliamente, tiene como antecedente al otrora Instituto Federal Electoral, organismo que surgió en 1990 pero que adquirió su autonomía en 1996.

La FGR tiene una historia que data desde 1900, pero su autonomía constitucional se enuncia desde 2014. Es de mencionar que al momento en que se escriben estas líneas aún no se formaliza su conversión a órgano autónomo, pues dicho tránsito de la todavía Procuraduría General de la República (PGR) a FGR deberá ser acompañada de la correspondiente declaratoria de autonomía a efectuar por el Congreso de la Unión, tal y como lo dispone el régimen transitorio de la reforma constitucional correspondiente. Cuando esto acontezca, perseguirá ante los tribunales todos los delitos del orden federal, solicitará las medidas cautelares contra los imputados, buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito, procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita, y pedirá la aplicación de las penas e intervendrá en los asuntos que la ley determine.

La CNDH atiende las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa violatorios de derechos humanos por parte de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, formula recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes, e investiga violaciones graves de derechos humanos, atribución que con anterioridad le correspondía a la SCJN. Tiene sendos antecedentes en 1990 y 1992, pero es autónoma desde 1999.

Ahora bien, ¿por qué decíamos que por medio de la interpretación pudiéramos hablar de más agencias de este tipo? Porque hay órganos con una naturaleza jurídica indefinida, particularmente los tribunales agrarios y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Los primeros, regulados constitucionalmente por el artículo 27, fracción XIX, administran la justicia agraria y cuentan con autonomía y plena jurisdicción, pero en los hechos tal autonomía no es equiparable a la que resulta inherente a los diez órganos ya vistos. El segundo está contemplado en la Carta Magna por el artículo 73, fracción XXIX-H, en el cual se estipula como facultad del Congreso de la Unión expedir la ley que lo instituya, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con el desaguado de que sólo se habla de esa dimensión sin reparar en las que se habrán de puntualizar en el quinto apartado del presente trabajo.

Asimismo, la entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción trajo consigo la instalación de un Comité Coordinador del mismo, en el cual intervendrá e incluso hasta el grado de encabezarlo el presidente de un Comité de Participación Ciudadana, compuesto a su vez por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción, al tenor de lo dispuesto por el artículo 113 de nuestro código político, en relación con la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Si bien es cierto que el aludido artículo 113 constitucional no menciona nada sobre la autonomía del Comité de Participación Ciudadana, dicha condición de imparcialidad se refleja de facto, pues la ciudadanización como piedra de toque del Sistema Nacional Anticorrupción en su conjunto tiene que ir de la mano con el gobierno propio. Sin embargo, y a pesar de ello, sería deseable que se incrustara la noción de autonomía entrándose del multicitado Comité de Participación Ciudadana.

IV. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las particularidades de los órganos autónomos es su innegable conexión con el paradigma del Estado constitucional y democrático de Derecho o, si se prefiere una fórmula lingüística diversa, con el modelo democrático constitucional, en el cual Derecho y poder dependen uno del otro, sin grados jerarquizados de prevalencia.³ Luego entonces, si la democracia constitucional es concebida como aquel modelo jurídico-político que implica esa confluencia de dos grandes tradiciones del pensamiento moderno, a saber, el constitucionalismo y la democracia, para efectos de nuestro tema de análisis es menester señalar que los entes con autonomía constitucional juegan un rol del todo trascendente al interior de ambos bloques conceptuales -que dicho sea de paso, simultáneamente son teóricos y praxiológicos-.

Con el paradigma del Estado constitucional contemporáneo, la conexión es más que evidente. Además de la rigidez constitucional como categoría de forma y fondo que implica que los contenidos de la Carta Magna se modifican atendiendo a un proceso diverso al empleado para la legislación ordinaria, así como al hecho de que tal rigidez es una barrera de contención para que los derechos fundamentales no queden al acecho de las decisiones políticas arbitrarias que puedan minar su influjo normativo, hay otras circunstancias que un ordenamiento determinado debe satisfacer para que pueda ser considerado como un Estado constitucional; es lo que Guastini⁴ llama “condiciones de constitucionalización”, las cuales son las siguientes: 1) una Constitución rígida -como ya se decía-; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes; y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Si esta forma de Estado se entiende bajo la anterior tesitura, luego entonces, el vislumbrar el horizonte de los propios derechos fundamentales como

3 Cfr. Arroyo Cisneros, Edgar Alán, *Estado constitucional, Poder Legislativo y democracia*, México, Porrúa, 2017, pp. 10 y 11.

4 Cfr. Guastini, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 50-58.

un objetivo compartido de los órganos constitucionales autónomos en más que relevante. Y es que, en alguna medida, todos tienen que ver con la satisfacción de derechos humanos, ya tradicionales, ya emergentes, no obstante que tal misión sea la principal o no que tengan.

La instauración de una cultura de la legalidad, una cultura jurídica y una cultura de derechos fundamentales se fortifica a partir de que los entes autónomos entran en la arena pública, pues si muchos de ellos se rotulan como órganos pro rendición de cuentas, sin duda que coadyuvan con el imperio de la ley y la arquitectura del Estado de Derecho en sentido fuerte, mismo que Ferrajoli⁵ identifica en la designación de ordenamientos regidos por el principio en virtud del cual las propias normas están sometidas a normas superiores que disciplinan su contenido.

Por lo que respecta a la forma de gobierno democrática, no cabe duda que los organismos autónomos han adquirido un rol estelar en la configuración actual del sistema político mexicano, a partir de que empiezan a surgir en nuestro constitucionalismo en la década de los años noventa. Han acompañado, en los hechos, el proceso de transición a la democracia, así como los sucesivos estadios de la recesión de dicha transición y de falta de consolidación institucional, de instauración de una cultura de la legalidad y, sobre todo, de una cultura de derechos fundamentales, retomando lo apuntado en el párrafo anterior. Robert Dahl⁶ refirió que las condiciones para la democracia pueden ser de dos tipos: esenciales y favorables. Las primeras entrañan el control del poder militar y de la policía por parte de cargos electos, valores democráticos y cultura política, así como la inexistencia de un control exterior hostil a la democracia. Las segundas, mientras tanto, se refieren a una economía de mercado y sociedad modernas, además de un débil pluralismo subcultural. Si nos fijamos bien, instituciones como el INE, el BANXICO, el INAI, la CNDH, el IFT o la COFECE coadyuvan en un plano ideal con la consecución de estos objetivos, con el *telos* simultáneo de que la democracia se enfrente a sus críticos.⁷

.....
 5 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1, p. 461.

6 Cfr. Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, trad. de Fernando Vallsespín, Madrid, Taurus, 1999, p. 167.

7 Vid. Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, 2a. ed., Barcelona, Paidós, 1993.

En su conjunto, la proliferación de los órganos constitucionales autónomos representa una de las manifestaciones más destacadas del avance de la Reforma del Estado, pues se entienden como instituciones públicas pro-rendición de cuentas en las cuales se delega la operación de elementos, considerados medulares, del orden democrático liberal, extendiendo la división de poderes más allá de la estructura tripartita tradicional de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.⁸ Auguran de esta forma el mejoramiento de la gobernabilidad democrática al fortalecer y extender la estructura de pesos y contrapesos, histórica y relativamente débil en Latinoamérica.⁹

Por otro lado, y si la democracia en sentido contemporáneo implica un máximo de consenso y un mínimo de imposición, vale la pena preguntarse de qué forma la erosión del sistema autoritario mexicano de corte presidencialista trae consigo una disminución de las llamadas facultades metaconstitucionales del titular del Poder Ejecutivo,¹⁰ y bajo qué circunstancias algunas de ellas inciden con el quehacer de los órganos constitucionales autónomos. En cualquier caso, la racionalización en la toma de decisiones, la introducción de matices parlamentarios en el sistema político y el necesario viraje hacia un modelo de buena gobernanza horizontal y cooperativa, echa mano de estas agencias en la redistribución del poder político y en una ciudadanización que se anuncia en el horizonte, por más lejana que aún pueda llegar a estar.

V. ALGUNOS DESAFÍOS DE LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL

En el entendido o premisa inicial de que la autonomía como instituto de Derecho Constitucional no es ninguna panacea o caja de pandora que solucione de tajo los múltiples y profundos problemas sociales que aquejan a México, lo cierto es que se trata de una figura con mucho potencial para reactivar ese trunco trayecto de nuestro país a la democracia, mismo que se encuentra en un estado de fran-

8 Cfr. Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, México, Siglo XXI Editores, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 17 y 18.

9 Cfr. *Ibidem*, p. 18.

10 Sobre el tema, véase Cfr. Carpizo, Jorge, "Notas sobre el presidencialismo mexicano", en *id.*, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 348 y 349. De una forma más amplia, y del mismo autor, véase *El presidencialismo mexicano*, 18a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.

ca transición en estado de recesión, sin avizorar ni siquiera a lo lejos la añorada fase de la consolidación. Para que tal potencial pueda reflejarse en el terreno de la realidad, es imperioso solventar algunos retos que se les presentan a los órganos constitucionales autónomos en su conjunto.

Sin lugar a dudas, el principal aspecto a mejorar cuando hablemos de los entes autónomos es el de consolidar en los hechos tal autonomía. La injerencia del poder político y de los poderes fácticos o poderes salvajes sigue estando a la orden del día, más allá de que se materialice o no. Los poderes del mercado querrán cooptar a órganos reguladores como la COFECE o el IFT, de la misma forma que los partidos políticos intentarán tener cotos de poder en otras instituciones de este corte, con la finalidad de recibir favores en el futuro o de que prácticamente las personas designadas se conviertan en sus personeros.

Lo anterior nos lleva al sistema de nombramiento de sus titulares y las cuotas partidistas que suele imponerse en este tipo de temas, pues como se decía, los partidos mantienen una enorme influencia en la designación de consejeros, comisionados, miembros de las Juntas de Gobierno o cualesquiera que sean las denominaciones de los titulares y tomadores de decisiones al interior de los órganos constitucionales autónomos, lo cual debe evitarse en la medida de lo posible.

Al lado de lo anterior, sobresalen las dimensiones de la autonomía constitucional y la necesidad de vigorizarla. Por un lado, tenemos que tal autonomía, en un plano de objetividad e imparcialidad, tendría que darse por lo menos en las siguientes esferas: autonomía técnica -o decisional, si se prefiere, que como es fácil inferir, tiene que ver con la toma de decisiones en condiciones de imparcialidad absoluta, sin ningún tipo de injerencia o influencia externa-, autonomía de gestión -también conocida como autonomía funcional y procedimental, la cual está dirigida a salvaguardar las circunstancias operativas al interior de las organizaciones de este tipo, buscando un despliegue propio-, autonomía presupuestaria -relacionada con la posibilidad de generar y diseñar un proyecto de presupuesto con base en las necesidades que cada órgano tenga-, autonomía patrimonial -es decir, un conjunto de bienes muebles e inmuebles que posibiliten el ejercicio adecuado de las funciones de cada entidad-, autonomía organizacional -i. e. la realización, aco-

modos y reacomodos en los organigramas y demás instrumentos de delimitación de funciones y atribuciones, así como de cadenas de mando y definición de titularidades jurídico-administrativas-, personalidad jurídica propia -no sólo en cuanto a la definición de su naturaleza jurídica por la Constitución sino por lo que toca a contar con una ley orgánica, un estatuto interno y toda la normatividad y reglamentación en donde se explicita y desarrollen tanto los derechos como las obligaciones de sus integrantes- y, en el caso de aquellos que tengan funciones jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, autonomía para el dictado de los fallos -lo cual, evidentemente, es algo *sine qua non* para un actuar amplio, consistente y sostenido-. Por el otro, fortificar el conjunto de órganos autónomos bajo este expediente no es otra cosa que incrustarlos aún más en la ruta del imperio de la ley y del Estado de Derecho, tal y como se señalaba en un apartado anterior, pues su dimensión estratégica requiere de una confianza y certidumbre social amplia, la cual se logra a través del desdoblamiento de una cultura de la legalidad amplia. Dicho en otras palabras: los entes de este tipo pueden y deber ser una llave para la reconexión de legitimidad entre los ciudadanos y sus instituciones, habida cuenta de las funciones que desempeñan en un contexto de democraticidad y de una cultura jurídica más amplia: una genuina cultura de derechos fundamentales.

Otro tema es el de la sistematicidad, anunciado en páginas anteriores. Si nos percatamos del articulado en donde se encuentran localizados, nos daremos cuenta de que siete de los diez órganos autónomos están en la denominada parte dogmática de la Constitución, *i. e.*, en el Título Primero, Capítulo I, del texto máximo, mismo que a la sazón se denomina “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Luce incoherente que haya instituciones en la declaración de derechos de la Carta Magna, pues además de ser un yerro de técnica constitucional y legislativa, se aleja de la tríada esencial que empieza a dibujarse en las partes dogmáticas del constitucionalismo contemporáneo, mismas que distinguen entre derechos, garantías y deberes, además de la organización política en cuanto tal. Si en un principio se llegó a dudar del acoplamiento de los órganos autónomos con la Constitución, se debió a que ni el artículo 49 ni ningún otro dispositivo hace las veces de sostén o asidero de ellos, tal y como se señalaba con anterioridad en el ensayo, por lo que dentro del eventual ejercicio de revisión integral del texto constitucional

debería atenderse esta circunstancia, con la finalidad de sistematizar las agencias objeto de nuestro estudio.

Otro asunto pendiente tiene que ver con la a veces indiscriminada forma de emplear el término “autonomía” en el articulado de la Constitución, puesto que en veces se alude al mismo sin que estemos en presencia de la figura a la que se le dedican estas páginas, lo cual ocasiona confusiones no sólo entre los lectores de la Carta Magna como texto sino entre los operadores jurídicos.¹¹ Tal circunstancia es indicativa de una dispersión constitucional que es del todo necesario corregir. Y es que lo mismo se habla de autonomía para referirse a los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación (artículo 2o. constitucional, párrafo quinto), que para hablar de la Ciudad de México (igualmente en el artículo 2o. constitucional, apartado A, fracción III), las Universidades (artículo 3o. constitucional, fracción VII), proveeduría del servicio de radiodifusión sin fines de lucro (artículo 6o. constitucional, apartado B, fracción V), el órgano interno de control que fiscalizará los ingresos y egresos del INE (artículo 41 constitucional, fracción V, apartado A, párrafo segundo), o como se decía con anterioridad, los tribunales agrarios y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Todas estas cuestiones son muy diferentes a los diez órganos que quedaron referenciados con antelación en el ensayo.

En cuanto a la participación de los órganos autónomos en los mecanismos de control constitucional, hace falta que, por ejemplo, en las acciones de inconstitucionalidad puedan ser partícipes todos o la mayoría de ellos, y no sólo la CNDH, la futura FGR y el INAI, además de elementos pendientes como la iniciativa de ley para ellos.

Un tópico diverso, a manera igualmente de reto de los órganos constitucionales autónomos, es que la naturaleza jurídica de los mismos no resulta ser tan homogénea como pudiera pensarse, pues en su configuración previa, algunos de estos entes fueron órganos administrativos desconcentrados, otros fueron direcciones que se transformaron en instituto, órganos reguladores, formaban parte prácticamente de la administración pública centralizada, fueron órganos descentralizados en abstracto, o bien, órganos descentralizados no sectorizados u organismos públicos descentralizados de la administración pública federal. Hoy en día, la autonomía lo mismo reivindicó órganos de garantía de un derecho fundamental en específico

11 Al respecto, conviene revisar el texto de Pedro Salazar: “Las demasiadas autonomías”, disponible en <http://www.nexos.com.mx/?p=18380>.

como el INAI, o de derechos fundamentales en general a través de la vía no jurisdiccional como la CNDH; lo mismo se asume en una instancia de control del poder que organiza elecciones como el INE, que configura autoridades regulatorias como la COFECE o el IFT; lo mismo postula una oficina punitiva y de investigación criminal como la próxima FGR, que brinda la posibilidad de ofrecer servicios generales a los gobernados como la ya citada CNDH, además de que posibilita la gestión de operación de los poderes privados, como los también mencionados IFT y COFECE. Como es dable apreciar, existe toda una heterogeneidad organizacional que implica un tratamiento diferenciado, individualizado y por separado a cada uno de estos órganos, lo cual evidentemente traerá algunas complicaciones prácticas a la luz de su pretendida sistematicidad.

Tampoco hay que restarle importancia al impacto de los órganos autónomos en el constitucionalismo estadual, pues la reconfiguración del mapa político y del Estado mexicano como tal a partir de la disolución del antiguo régimen provocó que cada entidad federativa tuviese sus propios modelos de poder, muchos de ellos incluso reproduciendo la impronta autoritaria del “priato”, por lo que los contrapesos en el ámbito local son dignos de tenerse en cuenta.

A final de cuentas, y retomando una de las ideas directrices de esta investigación, la división de poderes debe ser reivindicada en clave del mejoramiento y depuración de los órganos constitucionales autónomos, los cuales no son ninguna varita mágica, pero, en definitiva, bien encauzados pueden ser una caja torácica para reencaminar la transición mexicana a la democracia que se encuentra desde hace tiempo en estado de recesión. El garantismo, en palabras de Cárdenas Gracia,¹² es una teoría jurídica de la validez del Derecho, validez que implica el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema constitucional y en donde las formas de ejercicio del poder y los sujetos titulares están sometidos a la ley.¹³ Se trata asimismo de una teoría del Derecho formulada prevalentemente en términos de expectativas o de derechos.¹⁴ Para

12 Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 85.

13 Cfr. *Ibidem*, p. 86.

14 Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho”, trad. de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero, en Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1a. reimp., México, Fontamara, 2006, p. 158.

Bobbio,¹⁵ el garantismo consiste en la construcción de las paredes maestras del estado de derecho cuyo fundamento y fin sea la tutela de las libertades individuales frente al ejercicio arbitrario del poder. Es de resaltar entonces la nota de limitar tanto las formas de ejercicio como las arbitrariedades del poder, por lo que la división de poderes se ve vigorizada con la introducción de órganos que buscan ese propósito particular.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- La actualidad de los órganos constitucionales autónomos en nuestro país es indicativa de agencias pro-rendición de cuentas, pro-democracia y pro-derechos fundamentales que llegaron para quedarse, alejados de la esfera tripartita tradicional del poder público, razón por la cual no pertenecen ni al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo, ni al Poder Judicial, alejándose de la teoría clásica de la división de poderes y jugando un papel determinante en la ingeniería del Estado contemporáneo.

Segunda.- Los entes públicos con autonomía constitucional tienen una impronta de vitalidad para el modelo democrático-constitucional. Sus funciones estratégicas, a pesar de ser aún incipientes e incluso deficitarias en algunos de los casos, serían aún más socavadas si regresaran a la esfera tradicional del poder público. Es menester optimizarlos con base en la racionalidad y la objetividad; son uno de los tópicos de avanzada cuando se hace alusión al constitucionalismo mexicano y al sistema político del siglo XXI. Tanto su estudio como su escrutinio permanente debe ocupar y preocupar no sólo a la comunidad jurídica sino a la sociedad en general. Buena parte de la democracia y de los derechos humanos se encuentra en juego.

Tercera.- Una división de poderes contemporánea debe hacerse cargo del rol estratégico que le corresponde a los órganos constitucionales autónomos. A pesar de los defectos y yerros tanto de diseño institucional como de técnica legislativa en que se ha incurrido al articularlos, y de su pretendida cooptación por parte de los partidos políticos y poderes salvajes, son imperiosamente necesarios para las sociedades contemporáneas. Son, por igual, un reflejo del gran paradigma civilizatorio actual, que no es otro sino el del Estado consti-

.....
15 Cfr. Bobbio, Norberto, "Prólogo", en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 13.

tucional y democrático de Derecho, el cual es imposible de entender sin el concurso de este tipo de agencias públicas. Su proyección es amplia tanto para los derechos humanos como para la democracia.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas:

- Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, México, Siglo XXI Editores, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Arroyo Cisneros, Edgar Alán, *Estado constitucional, Poder Legislativo y democracia*, México, Porrúa, 2017.
- Bobbio, Norberto, “Prólogo”, en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2006.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- Carpizo, Jorge, “Notas sobre el presidencialismo mexicano”, en *id.*, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 18a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.
- Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson, 2a. ed., Barcelona, Paidós, 1993.
- , *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, “Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho”, trad. de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero, en Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1a. reimp., México, Fontamara, 2006.
- , *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1.
- Guastini, Riccardo, “La <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006.

Hemerográficas:

- Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 125, julio-septiembre de 2004.

Electrónicas:

Salazar, Pedro, “Las demasiadas autonomías”, disponible en <http://www.nexos.com.mx/?p=18380>.

Jurisprudenciales:

Registro No. 170,238 Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, febrero de 2008, Página: 1871, Tesis: P/J. 12/2008, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Rubro: ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS.

Registro No. 172,456, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, mayo de 2007, Página: 1647, Tesis: P/J. 20/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Rubro: ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS.

ALCANCES Y LÍMITES DEL AMPARO MEXICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez¹

I. INTRODUCCIÓN

El mes de junio de 2011 es un parteaguas en el constitucionalismo mexicano, se publicaron dos decretos en el *Diario Oficial de la Federación*, que contienen reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las materias de amparo y derechos humanos, las cuales sientan las bases para el cambio de paradigma,² por las repercusiones que han tenido en la comprensión, interpretación y aplicación del Derecho.

A partir de ese momento deja de tener cabida la idea de que los derechos humanos son otorgados por la Constitución y de que los consagrados en los tratados internacionales tenían menor jerarquía que los establecidos en aquélla, para dar paso a la concepción de que las normas jurídicas fundamentales solamente se limitan a reconocerlos y de que los derechos de fuente internacional tienen rango igual que los de fuente nacional, son interdependientes³ y forman un todo indivisible⁴ (lo cual así fue fijado por interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

.....
1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor - investigador en la Universidad Juárez del Estado de Durango, investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores, miembro asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, editorialista de El Sol de Durango y magistrado en retiro.

2 “En su conjunto, las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano, porque, por un lado, introducen al concepto de derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las ‘garantías individuales’) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento mexicano las disposiciones en materia de derechos de origen internacional.” Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, p. XI.

3 “Los derechos humanos son interdependientes en tanto que establecen relaciones recíprocas. La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos.” Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO, 2013, p. 40.

4 “El principio de indivisibilidad implica una visión holística de los derechos humanos, en la que todos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia explícita, directa y casual, sino porque de una u otra forma los derechos forman una sola construcción.” *Ibidem*, p. 42.

En materia de amparo, se reformó la Constitución para que quedara claro que es garantía de los derechos humanos, no únicamente de fuente nacional, sino también de fuente internacional; que los particulares también pueden ser autoridades para efectos del amparo, para ampliar el acceso a la justicia, a través de la consagración del interés legítimo y, para que, una vez que se cumplan determinados requisitos, la sentencia “aproveche a todas las personas y no sólo a los quejosos”⁵ que lo promovieron, lo cual fortalece al sistema de control de constitucionalidad de normas generales, que es la llamada: “declaratoria general de inconstitucionalidad”.

No obstante, conviene analizar los alcances y límites que tiene el amparo en materia de reparaciones de violaciones a derechos humanos así como en la declaratoria general de inconstitucionalidad, para reconocer nuestras fortalezas y debilidades, aun sin dejar de reconocer que es una de las reformas de mayor trascendencia para el constitucionalismo a partir de 1917, concretamente, en derechos humanos y el rubro de la justicia constitucional o derecho procesal constitucional (para la corriente latinoamericana).⁶ En tal virtud, esos son los objetivos fijados en este trabajo.

Por tal motivo, se ha organizado este escrito en tres apartados: en el primero, se describen a grandes rasgos los avances que se tuvieron constitucionalmente en materia de amparo; en el segundo y tercero se identifican los alcances y límites que tienen los efectos de las sentencias de amparo en materia de reparaciones por violaciones a derechos humanos y la declaratoria general de inconstitucionalidad, respectivamente.

II. AVANCES EN MATERIA DE AMPARO A PARTIR DE 2011

1. *Antecedentes de las reformas constitucionales y de la nueva Ley de Amparo*

Las modificaciones sustanciales al juicio de amparo, no son producto de la improvisación o de una reflexión de corto tiempo, sino que

5 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. 2ª. ed. México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2013, p. 215.

6 Véase Ferrer Mac-Gregor, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2014, pp. 1-53.

algunas habían sido ya propuestas desde años atrás por un distinguido constitucionalista, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio, otras más por distintos juristas que formaban parte de la academia, de la judicatura y del foro nacional, por ejemplo, los integrantes de la Comisión que se formó para elaborar el anteproyecto de la nueva ley de amparo a convocatoria del ministro Genaro Góngora Pimentel, en noviembre de 1999: José Ramón Cossío Díaz, César Esquinca Muñoa, el propio Héctor Fix-Zamudio, Javier Quijano Baz, Humberto Román Palacios, Manuel Ernesto Saloma Vera, Juan Silva Meza y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

El proyecto, resultado del Congreso Nacional de Juristas celebrado un año después de que se convocó a crear una nueva ley de amparo y de la revisión del mismo que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no llegó a buen puerto en el corto plazo, pues no se logró el objetivo; sin embargo, sirvió para poner de manifiesto que buena parte de la comunidad jurídica reclamaba cambios de fondo en el juicio de garantías.

Posteriormente, hubo un nuevo impulso para hacer cambios al amparo, aunque no se limitó a dicha materia, sino que fue más amplio el mecanismo empleado, pues se realizó en 2003 la *Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano*.

El producto fue el *Libro Blanco de la Reforma Judicial*,⁷ en el que se contienen, entre otros aspectos, los problemas y propuestas aportadas durante las tres fases de la Consulta, y en las conclusiones las 33 acciones que se agrupan en tres ejes temáticos, uno de ellos fue “la reforma del amparo”, los otros “el fortalecimiento de los poderes judiciales estatales” y la “reforma de la justicia penal.”

En la reforma al amparo, se hicieron varias propuestas, entre otras, las siguientes: promoverlo como instrumento de protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos; ampliar la base de usuarios mediante la adopción del concepto de interés legítimo; modificar los efectos limitados de las sentencias de amparo para darles, bajo ciertas condiciones, efectos generales y lograr una tutela más eficaz de los derechos fundamentales, así como

7 Caballero Juárez, José Antonio, López Ayón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso, *Libro Blanco de la reforma judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

asegurar el cumplimiento más eficaz de las sentencias de amparo.⁸ Pues bien, esos esfuerzos realizados por destacados juristas mexicanos y por la comunidad de estudiosos del Derecho, fructificaron y se realizaron reformas a la Constitución mexicana, cuyo decreto que las contiene fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, cuyas disposiciones fueron reglamentadas por la nueva Ley de Amparo publicada en el mismo órgano informativo el 2 de abril de 2013.

a. Las reformas constitucionales de 6 de junio de 2011

A continuación se describirán las reformas realizadas a la Constitución mexicana. Comenzamos por el artículo 94 en el que se prevé que mediante acuerdos generales se formen los *Plenos de Circuito*, atendiendo al número y especialización de los tribunales colegiados de circuito. En correspondencia con dicha disposición constitucional, también se reformó la fracción XIII del numeral 107, en el que se establece que los citados Plenos de Circuito resolverán las contradicciones de tesis que sean denunciadas ante ellos, con la finalidad de que determinen cuál es la que debe prevalecer como jurisprudencia.

En el artículo 103, que establece las controversias que resuelven los tribunales de la Federación, se reformaron las tres fracciones y se sustituyeron los términos, “leyes y actos”, por “*normas generales, actos u omisiones*” (énfasis añadido). Los primeros tenían un sentido más restringido, por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vio en la necesidad de hacer interpretación para ampliar su alcance, pues había también otro tipo de dispositivos jurídicos que podían violar las “garantías individuales” (hoy derechos humanos), verbigracia, los tratados internacionales y los reglamentos.

En esa misma fracción se advierte que se emplean los términos: “*derechos humanos*” y “*garantías*” (énfasis añadido en ambos casos), pues en el nuevo paradigma se aclara la distinción entre los derechos de las personas y las garantías para hacerlos efectivos, y no emplear ya más la locución “garantías individuales”,⁹ incluso para hacerlo

8 *Ibidem*, p. 390.

9 “Denominación impropia, según lo advirtió Montiel y Duarte, puesto que una cosa son los ‘derechos individuales’ que la Constitución enumera y otra la ‘garantía’ de esos derechos, que en México reside en el juicio de amparo.” Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 17ª. ed., México, Porrúa, 1980, p. 101.

acorde al lenguaje del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, deja en claro que la protección de los derechos humanos, no se concreta a los reconocidos por la Constitución general de la República, sino también por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

En la fracción I del artículo 107 constitucional se ensancha la puerta para acceder a la justicia, pues ya no solamente se concreta tal disposición a mencionar a la parte agraviada, pues “la anterior Ley de Amparo interpretó estos términos restringiendo dicho agravio a la afectación del ‘interés jurídico’ que equivale al ‘derecho subjetivo’, lo que se conoció como agravio personal y directo”,¹⁰ sino que también es agraviado quien aduce tener un interés legítimo individual o colectivo. En ambos casos, se exige que “se alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.”

En el artículo 107 fracción III inciso a) se consagró el amparo adhesivo, el cual procede solamente en amparo directo y, según lo establece el artículo 182 de la Ley de Amparo, cuando el adherente trate de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo definitivo, a fin de no quedar indefenso, y cuando existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo. Con esta figura jurídica se pretende acabar con la práctica consistente en emitir varias sentencias de amparo por violaciones procesales y que las mismas sean concentradas en un solo fallo, con lo cual se logra hacer realidad el plazo razonable y que la justicia sea pronta, tal como lo exige el artículo 17 constitucional.

En la fracción IV del artículo 107 constitucional se establece, en el último párrafo, una excepción al principio de definitividad: “no existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a la Constitución”. Tal como lo dice Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil: “Se introduce en el texto constitucional una vieja jurisprudencia de la Segunda Sala del Máximo Tribunal”,¹¹ cuyo rubro es el siguiente: “**RECURSOS ORDINARIOS.**

10 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 4, p. 41.

11 *Ibidem*, p. 57.

No es necesario agotarlos cuando únicamente se aducen violaciones directas a la Constitución”.¹²

En la fracción X del artículo 107 constitucional, que se refiere a la suspensión del acto reclamado, se establece la obligación por parte del órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, de realizar un *análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social*.

Por último, la fracción XVI del artículo 107 constitucional viene a sistematizar lo relativo al incumplimiento de la sentencia de amparo y la repetición del acto reclamado, cambia algunos de los términos y señala los caminos que conducen al procedimiento penal en dichos casos. Además, establece en lo relativo al cumplimiento sustituto que las partes en el juicio podrán acordarlo mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

3. *Declaratoria general de inconstitucionalidad*

En primer lugar, conviene aclarar qué se entiende por esta figura jurídica:

En sentido amplio [...] es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona [...] En sentido estricto [...] es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante por jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria.¹³

Ahora bien, esta figura jurídica no acabó con el principio de relatividad de las sentencias, sino que, como lo afirmó el destacado constitucionalista Héctor Fix-Zamudio, nuestro constitucionalismo: “se moderniza en esta materia, sin abandonar de manera total el principio de la llamada ‘fórmula Otero’”,¹⁴ pero si se llegara a emitir

12 *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 372, p. 395.

13 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Declaratoria General de Inconstitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, t. I, Poder Judicial de la Federación/UNAM, 2014, pp. 308 y 309.

14 Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de garantías mexicano”, consultado en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_5.pdfXX.

en un caso concreto debido a que subsiste la inconstitucionalidad de normas generales que ya se habían declarado inconstitucionales, lo que produjo que la formación de jurisprudencia por parte del Pleno, las Salas o los tribunales colegiados de circuitos, entonces, lo que procede es que se invaliden y dejen de aplicarse *erga omnes*, y no únicamente a las personas que promovieron el amparo indirecto que fueron base para fijar jurisprudencia.

Se regula la declaratoria general de inconstitucionalidad en la fracción II, párrafos segundo, tercero y cuarto, del artículo 107 de la Constitución general de la República. En el primero de los párrafos se establece que cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Es en este tipo de amparos contra normas generales (que comprenden los tratados internacionales, las leyes federales, las Constituciones y leyes de las entidades federativas, los reglamentos federales y locales, los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general)¹⁵ en los que se impugna su constitucionalidad de manera principal y destacada, de ser fundada la reclamación, se declarará inconstitucional.

Ya fijada la jurisprudencia, se notificará a la autoridad emisora de la norma general, con la finalidad de que la derogue o modifique para mantener la supremacía constitucional. En caso de que pasen noventa días naturales sin que se supere el problema de constitucionalidad, se emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, si fuera aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

En este párrafo considero que se debe resaltar la expresión: “*sin que se supere el problema de constitucionalidad*” (énfasis añadido), lo cual puede interpretarse en el sentido de que la norma sigue vigente y no sufrió alguna modificación, pero, también, a mi juicio, que no obstante que haya habido un proceso legislativo para reformarla, conserve algunos aspectos de inconstitucionalidad que fueron materia de los juicios de amparo indirecto en revisión.

En el párrafo tercero se excluye a la materia tributaria con la finalidad de proteger a la hacienda pública, lo cual no abona a favor del control de constitucionalidad ni de la ciudadanía.

15 Artículo 107 de la Ley de Amparo.

En la Ley de Amparo se regula la declaratoria general de inconstitucionalidad del artículo 231 al 235. En el primero de los artículos se establece que cuando las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la Sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo informará a la autoridad emisora de la norma. Además, este párrafo excluye a la materia tributaria.

En el artículo 232 de la Ley de Amparo se consagra que si se fija jurisprudencia por parte de los órganos jurisdiccionales mencionados, se deberá notificar a la autoridad emisora de la norma general. Transcurridos noventa días naturales de la notificación a dicha autoridad sin que se modifique o derogue la norma general, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de cuando menos ocho votos emite la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Aclara que si el emisor de la norma es el órgano legislativo federal o local, el plazo se computará dentro de los días útiles en los periodos ordinarios de sesiones. Algo en lo que conviene poner énfasis, es que en la Constitución no se prevé expresamente que la autoridad emisora de la norma general “modifique o derogue la norma declarada inconstitucional,” pues es la Ley de Amparo la que lo establece.

El artículo 233 de la Ley de Amparo establece que la jurisprudencia puede ser fijada por los tribunales colegiados de circuito, de tal manera que será el Pleno de Circuito correspondiente el que solicite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad.

El artículo 234 de la Ley de Amparo consagra que la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le dio origen, también que tendrá efectos generales y que en ella se deberá establecer la fecha a partir de la cual surtirá efectos, así como sus alcances y condiciones. Aclara que sus efectos no serán retroactivos salvo en materia penal.

Por último, en el artículo 235 señala lo concerniente a su publicación, que deberá ser hecha en el *Diario Oficial de la Federación* y en el órgano que se publicó la norma declarada inconstitucional, en un plazo de siete días hábiles.

III. ALCANCES Y LÍMITES DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO EN MATERIA DE REPARACIONES

En este tema que abordamos en este apartado, partimos de la base que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya definió su criterio en el Amparo en Revisión 568/2016. El origen de este asunto se remonta a la demanda de amparo indirecto que promovió un grupo de personas que se ostentaron como homosexuales y residentes de Baja California Sur, en contra de los artículos 150 y 330 del Código Civil de dicho estado, habida cuenta que en tal normativa el matrimonio y el concubinato se contraen a la unión de un hombre y una mujer.

El juez de Distrito que conoció del asunto otorgó a los quejosos el amparo y la protección de la justicia de la Unión, sin embargo, no estuvieron completamente de acuerdo con el contenido de la sentencia, ya que estimaron que violaba el deber de reparación integral y el principio de exhaustividad al no haber pronunciamiento en relación con los siguientes temas: la disculpa pública, la indemnización y las medidas de rehabilitación, que solicitaron.

El asunto llegó a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual analizó, en primer lugar, la doctrina interamericana sobre reparaciones, por lo que distinguió tres tipos de medidas sobre las mismas: la restitución del derecho violado, la compensación económica por los daños materiales e inmateriales causados y otras medidas de reparación no pecuniarias. Para resolver se apoyó en algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la evolución en materia de reparaciones, con base en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, pasaremos a analizar cada una de las medidas de reparación en la Ley de Amparo:

A). *La restitución del derecho violado.* La anterior medida de reparación tiene como finalidad: “volver las cosas al estado que tenían antes de la violación de garantías, nulificando el acto reclamado y los subsecuentes que de él se devienen.”¹⁶ Tiene como efecto la nulidad de las consecuencias derivadas del mismo.

16 “SENTENCIAS DE AMPARO, EFECTOS RESTITUTORIOS DE LAS. Quinta Época, Registro 315759, Instancia: Segunda Sala, Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXXII, Materia Común, p. 349.

Para llegar a dicha conclusión se partía de la base que el Estado tenía el deber de cumplir con las obligaciones negativas; sin embargo, también se deben incluir las obligaciones positivas, por lo que no se debe circunscribir solamente a nulificar el acto, sino en obligar a la autoridad a que realice la conducta que está ordenada por el derecho en cuestión.

Es obvio, que como el amparo en revisión tuvo como origen un amparo indirecto contra leyes, se enfoca al análisis de la reparación en estos casos. En virtud del principio de relatividad de las sentencias en el sentido de que solamente surten efecto para el quejoso, no se va a invalidar la norma y expulsar del mundo jurídico de tal manera que no pueda ser ya más aplicada *erga omnes*, sino que únicamente *se desaplica para el caso concreto* y de acuerdo con el artículo 78 de la Ley de Amparo se extenderán los efectos “a todas aquellas normas y actos cuya validez dependa de la propia norma invalidada.” Incluso se pueden decretar medidas adicionales a la inaplicación “para restablecer al quejoso en el pleno goce del derecho violado”.

En virtud de la aplicación del principio de interpretación conforme, como bien lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se puede salvar la constitucionalidad de diversas normas y anular el acto de aplicación de la norma impugnada, además, la autoridad responsable debe interpretarla de esa manera, de ahí que lo procedente es “anular el acto de aplicación de la norma impugnada”.

B). La compensación económica. “Esta es una medida de reparación que sirve para indemnizar el daño causado en los casos en los que la violación de un derecho fundamental no ha podido ser reparada a través de la restitución del derecho o cuando ésta ha resultado insuficiente”; sin embargo, como dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la sentencia de amparo no prejuzga sobre la responsabilidad civil de la autoridad por la realización del acto reclamado y es inadecuado para establecer los presupuestos de responsabilidad, en tal virtud, debe ser en los procesos ordinarios donde se fijen. Dentro de estos últimos es donde se debe analizar lo relativo a la prueba del daño, a la relación entre el daño y la conducta de la autoridad así como cuantificar el daño. Esto corresponde a los juicios de responsabilidad civil o responsabilidad patrimonial del Estado.

Por lo que hace a la Ley de Amparo, no existe alguna disposición que otorgue facultades a los jueces para decretar compensaciones

económicas. No obstante ha habido algunos criterios en tesis aisladas que es menester mencionar.

La Primera Sala del Alto Cuerpo Colegiado reconoció lo siguiente: “el derecho a una indemnización integral es un derecho sustantivo, cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, y que no debe restringirse en forma innecesaria, salvo en función de una finalidad constitucionalmente válida que persiga el bienestar general”, Amparo Directo en Revisión 1068/2011. También se dice: “el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, es procedente el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual de ninguna manera implica generar un ganancia a la víctima, sino otorgarle un resarcimiento adecuado”. Tesis aislada CXCIV/2012 **“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE.”**

En la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se comenta, también se abordaron las diferentes aristas de la reparación, de ahí que se mencione lo referente a las víctimas de violaciones a derechos humanos. En la tesis aislada CCCXLII/2015 se establece el deber que tiene el Estado mexicano de reparar a las víctimas: **“ACCESO A LA JUSTICIA. EL DEBER DE REPARAR A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ES UNA DE LAS FASES IMPRESCINDIBLES DE DICHO DERECHO”**. Éstas tienen la posibilidad de acudir al Sistema Nacional de Atención a Víctimas para solicitar su incorporación al Registro Nacional de Víctimas e iniciar el procedimiento para reparación integral.

Se cita en la sentencia, también, el amparo en revisión 2131/2013, en el que se afirmó: “La obligación constitucional de reparación de violaciones a derechos humanos por parte del Estado mexicano tiene como contraparte un correlativo derecho humano de las personas a ser reparadas integralmente, el cual podría, en algunos casos, ser garantizado únicamente a través del derecho constitucional a recibir una justa indemnización en los términos del segundo párrafo del artículo 113 constitucional.” (Actividad administrativa irregular).

La única figura jurídica en la que se pueden decretar compensaciones económicas es el incidente de cumplimiento sustituto que surgió en el plano infraconstitucional, el 7 de enero de 1980, en el artículo 160 de la Ley de Amparo, pero se elevó a rango constitucional el 31 de diciembre de 1994 y se adicionó un párrafo a la fracción XVI del artículo 107 constitucional, pero “no se precisó la naturaleza del cumplimiento sustituto, ni se especificó exactamente qué comprendería una indemnización por daños y perjuicios.”

La última reforma constitucional en esa materia se llevó a cabo el 6 de junio de 2011, en el penúltimo párrafo de la fracción XVI del artículo 107, en el que ya no se condicionó a que la naturaleza del acto lo permitiera ni que se hubiera decretado el incumplimiento de la ejecutoria o repetición del acto reclamado. Pero, sí en cambio, se precisó que se podía dar el cumplimiento sustituto mediante el pago de los daños o la celebración de un convenio sancionado por el órgano jurisdiccional, y cabe destacar, que subrayó la Suprema Corte de Justicia de la Nación que “*no se descartó expresamente la posibilidad de que en el convenio se pacten medidas de reparación distintas a la compensación económica.*” (Énfasis añadido).

Con la reforma constitucional, para que haya cumplimiento sustituto, la ejecución de la sentencia debe afectar a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener de la parte quejosa, cuando sea imposible sustituir la situación que imperaba antes de la violación, o cuando sea desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. La finalidad del cumplimiento sustituto es que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de los daños y perjuicios al quejoso.

Finalmente, aclara la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la ley califica a la indemnización como restitución, pero en realidad es una compensación económica que sólo puede decretarse de manera excepcional en los casos que no se puede la restitución, es una medida de reparación de manera subsidiaria y deben aportarse elementos para la existencia del daño y la conexión causal entre actuación de autoridad y daño.

C). *Medidas de reparación no pecuniarias en el juicio de amparo.* El artículo 77 de la Ley de Amparo establece que las medidas “solo pueden tener como finalidad la restitución del quejoso en el goce del derecho violado”, por tanto, no están facultados los órganos jurisdiccionales de amparo a imponer medidas de reparación no

pecuniarias. En tal virtud, no sucede como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las que se puede dictar como medidas de satisfacción: las disculpas públicas, la publicación de la sentencia, la celebración de actos públicos en los que se reconozca la responsabilidad, actos de conmemoración de las víctimas o realización de obras de infraestructura con efecto comunitario o monumentos, entre otras medidas.

Con fundamento en el citado numeral, tampoco es posible fijar garantías de no repetición, tales como reformas constitucionales y legales, la tipificación de delitos, la adopción de medidas administrativas, llevar a cabo la capacitación, entre otras. Pero, afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que algunas medidas pueden *reinterpretarse* para dar cabida a medidas no pecuniarias:

Medidas de satisfacción: a). Las sentencias estimatorias de amparo; *b).* “La vista que están obligados a dar los jueces de amparo a las autoridades competentes para que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables”, si se considera que la violación a derechos humanos pudiera actualizar algún tipo penal, y *c).* En el caso del incidente de cumplimiento sustituto, cuando se celebra un convenio sancionado por el propio órgano jurisdiccional, “las partes pueden pactar reparaciones que no sean compensaciones económicas”.

Garantías de no repetición: a). El régimen de responsabilidades administrativas en caso de incumplimiento de sentencias y de repetición del acto reclamado que dan lugar a la destitución e imposición de penas de prisión; *b)* La desaplicación de una norma al caso concreto, sin que pueda volver a aplicarse, y *c).* La declaratoria general de inconstitucionalidad.

En cuanto a esta última figura jurídica la tratamos en el siguiente apartado, ya que es uno de las dos vertientes que son materia del análisis del alcance y limitaciones del amparo.

En tal virtud, de lo antes expuesto se advierte que en el texto expreso de la Ley de Amparo, tal como lo analizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, continúa siendo el aspecto principal la restitución, es decir, volver las cosas al estado que tenían antes de la violación a los derechos humanos, y que no se faculta a los órganos jurisdiccionales de amparo a fijar una compensación económica, ni medidas de satisfacción ni de no repetición. Empero, como lo consideró el Alto Cuerpo Colegiado, al tomar algunos criterios fijados con antelación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

y *reinterpretando* algunas medidas, pueden dar lugar a medidas de satisfacción y de no repetición, que fueron citadas con antelación.

No obstante, lo anterior es producto de la actividad interpretativa no del texto expreso de la Ley de Amparo. En tal virtud, hay dos caminos para ir más allá de los alcances y límites a los que nos hemos referido: reformar la mencionada Ley o bien seguir por el camino de la interpretación, para que se logre reparar a plenitud los derechos humanos violados, y no suceda como el caso que se analizó que se consideraron infundados los argumentos de los quejosos, pues la sentencia en que se declara la inconstitucionalidad de las normas es en sí misma una medida de satisfacción y “no resulta posible decretar en esta vía ninguna otra medida como las solicitadas.”

IV. ALCANCES Y LÍMITES DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

A pesar de estar consagrada constitucional y legalmente la declaratoria general de inconstitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha emitido ninguna, no obstante que es una de las figuras jurídicas más importantes que se incorporaron en las reformas de 2011. Por tal motivo, conviene analizar qué es lo que ha pasado al respecto.

Luego de hacer una búsqueda de las solicitudes que se han hecho a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para emitir declaratorias generales de inconstitucionalidad, encontramos que se han desechado por improcedentes por tratarse de la materia tributaria, y en dos se resolvió que quedaban sin materia.

El primer asunto que se declaró sin materia fue el 2/2012, en el cual el presidente del Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, pues se integró jurisprudencia con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 10, Apartado “A”, fracción XIV, párrafos segundo y tercero de la Ley de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), por estimar que violaba el derecho a la libertad de comercio. Dentro de los noventa días naturales siguientes a la notificación a la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal de la fijación de la jurisprudencia con el criterio aludido, se derogaron los párrafos que contenían las disposiciones declaradas inconstitucionales, por lo que se declaró sin materia.

En cuanto a la declaratoria general de inconstitucionalidad 2/2016, el Pleno del Décimo Tercer Circuito solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la emitiera respecto a una de las disposiciones de los *Lineamientos para la Recepción, Registro, Control, Resguardo y Seguimiento de las Declaraciones Patrimoniales de Situación Patrimonial*, publicados en el *Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán* de 12 de diciembre de 2014.

La propuesta del ministro José Ramón Cossío, ponente en el asunto, fue en el sentido de que se declarara sin materia la declaratoria general de inconstitucionalidad, con fundamento en el punto quinto del Acuerdo General 15/2013, cuyo texto es el siguiente:

Si antes de transcurrir los noventa días contados a partir del siguiente al en que surta efectos la notificación por oficio que se realice a la autoridad emisora de la norma general respectiva, entra en vigor una nueva norma general que a juicio del Tribunal Pleno modifique aquélla, el procedimiento de declaratoria general relativo se deberá declarar sin materia. El Ministro Ponente someterá al Pleno el proyecto de resolución respectivo.

El planteamiento hecho en la resolución consiste en determinar si la norma reformada es un nuevo acto legislativo o no. Para ello se tomó en cuenta el criterio fijado en la jurisprudencia producto de la *Acción de Inconstitucionalidad 11/2015*, cuyo rubro es el siguiente: **“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LINEAMIENTOS MÍNIMOS REQUERIDOS PARA CONSIDERAR QUE LA NUEVA NORMA GENERAL IMPUGNADA CONSTITUYE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO”**.¹⁷ En ella se dijo que para que se considerara que se estaba en presencia de un acto legislativo nuevo, era menester que hubiera dos elementos: “a) que se haya llevado a cabo un proceso legislativo (criterio formal); y, b) que la modificación normativa sea sustancial o material”. Una vez que se analizaron ambos elementos se llegó a la siguiente conclusión:

[...] En el caso concreto se está frente a una norma que sí modificó, a juicio de este Tribunal Pleno, la norma materia de la presente declaratoria general de inconstitucionalidad, pues se cumple con los dos elementos señalados para considerarlo así.- Esto último sin hacer ningún posiciona-

17 Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 35, octubre de 2016, Tomo I, tesis P/J. 25/2016 (10ª.), página 65.

miento sobre la constitucionalidad de la nueva norma, pues el propósito de la declaratoria general de inconstitucionalidad es dotar de efectos generales a la inaplicación de una norma que, por jurisprudencia, se ha declarado inconstitucional, cuando la autoridad emisora sea omisa en reformarla o derogarla dentro del plazo señalado en el párrafo tercero de la fracción II, del artículo 107 constitucional.

De no utilizarse un criterio interpretativo que coadyuve a una doctrina propia de la declaratoria general de inconstitucionalidad,¹⁸ será menester reformar el Acuerdo 15/2013 en el punto quinto que con antelación se transcribió, e incluso llegar hasta la modificación de la Ley de Amparo para que ésta establezca explícitamente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la atribución de hacer el posicionamiento sobre la constitucionalidad de una norma general que surge de un nuevo proceso legislativo. No obstante bastaría hacer una interpretación diferente de la normativa que la regula, conforme a lo preceptuado por la Constitución en el sentido de que “se supere el problema de inconstitucionalidad”, como elemento indispensable para hacer tal posicionamiento, con las finalidades de preservar el principio de supremacía constitucional y que esa figura jurídica deje de ser mero ornato constitucional.

El criterio al que me he referido concuerda, en buena medida, con lo argumentado por el ministro Medina Mora y la ministra Piña Hernández, al tomar como base lo preceptuado por la Constitución mexicana, en el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional que exige que “*se supere el problema de constitucionalidad*” (énfasis añadido), ya que de no suceder así “la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuera aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria”, según lo establecido en el artículo 232 de la Ley de Amparo.

Pues bien, la tesis central de la resolución que dejó sin materia la declaratoria general de inconstitucionalidad 2/2016 fue que se modificó la norma que había sido declarada inconstitucional y se estaba en presencia de un acto legislativo nuevo por actualizarse

18 En el 4º. Coloquio Internacional de Estudios Institucionales “El constitucionalismo contemporáneo, Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, celebrado en Boca del Río, Veracruz, los días 9 y 10 de junio de 2017, propuse el criterio que se menciona en este escrito.

tanto el elemento formal consistente en que se siguió un proceso legislativo (en este caso fue un órgano administrativo el que la reformó), como el material o sustancial porque “el nuevo texto limitó y modificó considerablemente a los sujetos señalados como obligados a cumplir con dichos lineamientos”, empero pasó por alto lo preceptuado por la Constitución mexicana.

Se debe tomar en cuenta que existen diferencias sustanciales entre la acción de inconstitucionalidad¹⁹ y la declaratoria general de inconstitucionalidad, no obstante que las dos pretenden declarar la invalidez con efectos generales de normas generales por ser inconstitucionales. En tal virtud, no se deba aplicar la doctrina de la primera a la segunda, sin tener en mente sus diferencias, habida cuenta que puede perder su eficacia la figura jurídica citada en segundo término.

En tal virtud, en la doctrina de la declaratoria general de inconstitucionalidad, para que haya un acto legislativo nuevo, además de los elementos formales y materiales, debe complementarse con el atinente a que “se supere el problema de inconstitucionalidad”.

Entonces, bien pudo la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacer una interpretación diferente si hubiera tenido en cuenta, que forma parte de la doctrina de la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo relativo a la superación del problema de inconstitucionalidad de la norma general, lo que en buena medida la hace diferente a la acción de inconstitucionalidad.

Por último, reiteramos que en la figura jurídica que analizamos no basta que se estime que es un acto legislativo nuevo el hecho consistente en que se satisfagan los requisitos formal y material, sino que se debe tomar en cuenta si subsisten las inconstitucionalidades que dieron motivo a la jurisprudencia, obviamente, no nuevas inconstitucionalidades, ya que de ser así se estaría realizando un nuevo control de constitucionalidad, que no es el objetivo de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

Las reformas constitucionales de junio de 2011 en las materias de amparo y derechos humanos sientan las bases para el cambio de

.....
 19 Véase Castro V., Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996, pp. 195 y 196; así como Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, 2011, pp. 144 y 145.

paradigma, en el que hay una nueva comprensión, interpretación y aplicación del Derecho.

A pesar de esos grandes avances en el constitucionalismo mexicano, nos dimos a la tarea de identificar los alcances y límites del amparo, enfocándonos a las reparaciones que se fijan en las sentencias por violaciones a derechos humanos, así como en la declaratoria general de inconstitucionalidad. Al respecto, se analizaron asuntos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que se fijaron criterios que se analizaron.

En el primero de los temas se advierte que en el texto expreso de la Ley de Amparo, continúa siendo la restitución la principal medida de reparación, mediante la cual se vuelven las cosas al estado que tenían antes de las violaciones a los derechos humanos, y que no se faculta a los órganos jurisdiccionales de amparo a fijar una compensación económica, ni medidas de satisfacción ni de no repetición. Sin embargo, la Suprema Corte consideró que se podían reinterpretar algunas medidas para lograr la satisfacción y la no repetición de las violaciones.

En tal virtud, si se pretenden ampliar los alcances y límites en dicha materia, hay dos caminos por recorrer: reformar la Ley de Amparo o bien a través de la interpretación. Por este último camino se puede avanzar en ese aspecto.

En lo que respecta a la declaratoria general de inconstitucionalidad considero que al hacer el análisis para constatar si se trata de un acto legislativo nuevo, se deberá revisar el contenido de la norma general para saber si se superó el problema de inconstitucionalidad, puesto que puede suceder que permanezca éste en algunas de sus partes, y si así sucediera, se estaría dejando de tomar en cuenta lo resuelto en los juicios de amparo indirecto en revisión, olvidando, además, que ya hay jurisprudencia por reiteración de tesis que se formó con ese motivo. De ahí que se afirme que se debe incluir, dentro del estudio del acto legislativo, la superación del problema de inconstitucionalidad, a diferencia de lo que sucede en la acción de inconstitucionalidad, en la que basta el estudio de los elementos formal y material.

BIBLIOGRAFÍA

- Caballero Juárez, José Antonio, López Ayón, Sergio y Oñate Laborde, Alfonso, *Libro Blanco de la reforma judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012.
- Castro V., Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, 2011.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. 2ª. ed. México, Porrúa/UNAM/IMDPC, 2013.
- _____, *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2014.
- Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de garantías mexicano”, consultado en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_5.pdfXX.
- Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, México, FLACSO, 2013.
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 17ª. ed., México, Porrúa, 1980.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Declaratoria General de Inconstitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al*, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, t. I, Poder Judicial de la Federación/UNAM, 2014.

HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO FEDERALISMO ELECTORAL EN MÉXICO

Raúl Montoya Zamora¹

RESUMEN

El presente escrito pretende dar cuenta de uno de los grandes retos que tendrá el INE, y que lo identificamos con la construcción de un nuevo federalismo electoral, ante el hecho innegable de que la reforma constitucional en materia política-electoral publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de febrero de 2014, y la legal correspondiente, publicada en el DOF, el 23 de mayo de 2014, constituyen un grave ataque al federalismo electoral en México.

A pesar de los contenidos de la reforma, el INE se encuentra en una posición importante para construir los cimientos de lo que podemos llamar un "nuevo federalismo electoral", y con ello atenuar la tendencia centralizadora de las reformas electorales en comento.

Palabras Clave: Nuevo federalismo electoral; centralismo electoral; construcción; Instituto Nacional Electoral.

TOWARD THE CONSTRUCTION OF A NEW ELECTORAL FEDERALISM IN MEXICO

ABSTRACT

This paper intends to give an account of one of the great challenges facing the INE, and to identify with the construction of a new electoral federalism, before the undeniable fact that the constitutional reform in the political-electoral published in the Official Journal of the Federation (DOF) on 10 February 2014, and the corresponding legal, published in the DOF, on 23 May 2014, constitute a serious attack on the electoral federalism in Mexico.

In spite of the contents of the reform, the INE is located in an important position to build the foundations of what we might call a "new

1 Doctor en Derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango (UJED); especialista en Justicia Constitucional y procesos constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM); perfil PROMEP; miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, su división de posgrado, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED.

electoral federalism", and thus mitigate the centralizing tendency of the electoral reforms in said.

Keywords: *New electoral federalism; electoral centralism; construction; National Electoral Institute.*

1. A manera de introducción

Uno de los cambios fundamentales que trajo consigo la reforma constitucional en materia política-electoral, publicada en el DOF, el 10 de febrero de 2014, fue la creación de un nuevo órgano electoral, facultado para organizar los comicios federales y locales.

Este órgano, denominado Instituto Nacional Electoral (INE), sustituyó al Instituto Federal Electoral (IFE), institución que durante más de 20 años, contribuyó a la consolidación de la democracia en México; pues debe recordarse que de contar con un sistema de partido hegemónico ultra dominante, se pasó a un sistema multi partidista, y en el año 2000, se conoció la alternancia en la titularidad del Poder Ejecutivo.

La estructura, funcionamiento, facultades y atribuciones, del Instituto Nacional Electoral, se encuentran de manera fundamental en el artículo 41, fracción V, apartados A y B, de la Carta Magna, y es el órgano encargado de organizar las elecciones para renovar a los titulares del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo Federal, así como en algunos casos, con la subsistencia de los órganos electorales de los Estados, asume algunas atribuciones que tenían estos, incluyendo, la posibilidad de organizar las elecciones para renovar a las autoridades de los Estados².

Un aspecto importante de este nuevo órgano electoral, es el relativo a sus atribuciones en el marco de la organización de procesos electorales federales y locales.

Al respecto, el INE, al igual que el anterior IFE, es la autoridad única en la administración de los tiempos del Estado en radio y televisión, para fines electorales.

En la organización de los procesos electorales federales y locales, al INE le compete:

- a) La capacitación electoral;
- b) La geografía electoral, así como el diseño y determinación de

2 También el INE cuenta con atribuciones en materia de participación ciudadana, como en la iniciativa ciudadana y la consulta popular (art. 35, frac. VII y VIII CPEUM).

- los distritos electorales y división del territorio en secciones;
- c) El padrón y la lista de electores;
 - d) La ubicación de las casillas, y la designación de los funcionarios de las mesas directivas de casilla³;
 - e) Las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados electorales preliminares; encuestas o sondeos de opinión; observación electoral; conteos rápidos; impresión de documentos y producción de materiales electorales;
 - f) Fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos, y
 - g) Las demás que determine la ley.

El INE, además tiene facultades para nombrar y destituir a los titulares del consejo general de los organismos públicos electorales de los Estados (OPLES).

Asimismo, en los supuestos que determine la ley, y por una mayoría de 8 votos, el INE podrá asumir directamente asuntos competencia de los órganos electorales Estados; delegar a éstos atribuciones que le son propias, o atraer a su conocimiento cualquier asunto competencia de los órganos electorales de los Estados, cuando su trascendencia así lo amerite o para sentar un criterio de interpretación.

Como se desprende de lo anterior, el INE absorbe funciones sustantivas que tenían los institutos electorales locales, tales como la capacitación electoral, geografía electoral, fiscalización de recursos, ubicación de casillas y designación de funcionarios, impresión de documentos y producción de materiales electorales, integración de un servicio profesional electoral de carácter nacional, etcétera.

Pero tal vez lo más cuestionable de la reforma, y que sin lugar a dudas constituye una interferencia grave en contra del federalismo electoral, es la nueva Facultad del INE para nombrar y destituir a los integrantes del Consejo General de los OPLES; cuando dichos nombramientos eran realizados por la legislatura de cada entidad federativa, en ejercicio de su soberanía, conforme lo señalado por el artículo 40 constitucional, dado que el nombramiento de autori-

3 Cabe señalar que el artículo octavo transitorio dispone, que una vez integrado el INE y a partir de que entren en vigor las normas previstas en el segundo transitorio, las funciones de capacitación electoral, así como la ubicación de las casillas y la designación de los funcionarios de casilla, se entenderán delegadas a los organismos públicos locales; pudiendo el INE reasumir esas atribuciones en cualquier tiempo, por mayoría del Consejo General.

dades locales electorales, es un asunto que corresponde al régimen interior de cada Estado.

Nos parece que esta es una reforma que se encuentra a un solo paso de centralizar por completo la organización de las elecciones en México, con la consiguiente desaparición de los 32 sub sistemas electorales locales; dado que incluso, en el propio artículo 41, apartado D, de la carta magna, se prevé el establecimiento de un Servicio Profesional Electoral Nacional, el cual comprende la selección, ingreso, capacitación, profesionalización, promoción, evaluación, rotación, permanencia y disciplina, de los órganos ejecutivos y técnicos del INE y de las autoridades administrativas electorales locales de las entidades federativas. El INE será el encargado de regular la organización y funcionamiento de este servicio, a través de la emisión del estatuto correspondiente.

Desde nuestro particular punto de vista, no compartimos la visión de centralizar las elecciones en México, dado que ello afecta de modo considerable el sistema federal; declarando incompetentes o menores de edad a las entidades federativas, para dictar sus propias reglas del juego electoral, así como para organizar los comicios.

Hacemos notar además, que las autoridades electorales de los estados, han realizado mucho más que sólo instalar casillas y capacitar funcionarios electorales, pues han contribuido a que en la gran mayoría de las entidades federativas, existan legislaturas plurales, y a conocer la alternancia en la titularidad del Poder Ejecutivo y en los ayuntamientos.

Igualmente, muchos subsistemas electorales estatales -como Oaxaca y Chiapas-, incorporan las reglas de usos y costumbres de las comunidades indígenas, para la elección de sus autoridades, y esto parece ser una situación ignorada por el constituyente.

No obstante el carácter centralizador de la reforma de mérito, consideramos que el INE se encuentra en una posición importante para rescatar algo del federalismo electoral perdido. Un factor esencial para lograrlo, deriva del buen uso que haga esta institución de las facultades de asunción, atracción y delegación.

Reconocemos también que en esta tarea de grandes expectativas, el INE tiene como aliado al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), quien ha dado muestras de su vocación federalista emitiendo criterios de vanguardia, mediante los cuales,

ha distribuido adecuadamente las competencias entre los órganos jurisdiccionales electorales locales y federales.

Para el desarrollo de nuestro trabajo, abordaremos brevemente algunas notas sobre el federalismo, seguido de un análisis de lo que significa la práctica del federalismo en el plano electoral. Posteriormente, abordaremos las facultades de asunción, atracción y delegación, y cómo su uso equilibrado por el INE, incidirían en la construcción, de lo que hemos llamado: "nuevo federalismo electoral".

2. Breves notas sobre el federalismo

Etimológicamente, la palabra *federalismo* se deriva del latín *foedūs, foedēris*, que significa, contrato, tratado o pacto. En palabras de Sánchez⁴ de la Barquera, desde la Edad Media ya se usaba las palabras *foedus* y *confoederatio* en el sentido de "alianza", "liga" o "asociación". Por su parte Leacock⁵, define federación como la unión entre dos o más naciones independientes.

Leacock⁶ también apunta que en la evolución de los Estados modernos, se puede apreciar que el principio federativo ha tenido un papel preponderante, dado que ha provisto la cohesión necesaria para ligar a las comunidades que componen a los Estados Unidos, lo mismo que las desiguales monarquías y ciudades libres unidas en el imperio germánico; México, Brasil y Suiza son repúblicas federales; Hasta donde se ha podido prever, parece que cualquier intento por crear un Estado universal, debe dirigirse por las líneas del sistema federal.

El Estado Federal, se caracteriza por un grado de descentralización jurídica-política, intermedio entre un Estado Central y una Confederación de Estados. El sistema federal es creado por la Constitución, dando origen a dos clases de órdenes jurídicos parciales: el de la Federación, cuyo ámbito de validez lo es todo el territorio de determinado Estado; y el de las entidades federativas, el cual tiene validez en zonas geográficas concretas del territorio estatal.⁷

4 SÁNCHEZ DE LA BARQUERA, Herminio, *La Federación de la política cultural en México: ¿Alemania como Modelo?* Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p.8.

5 LEACOCK, Stephen, *Elementos de Ciencia Política*, Ed. Victoria 4ª, ed., México, 1924, p. 207.

6 *Ibidem.* p. 205.

7 Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 50.

En un Estado Federal, se distribuye el poder entre un estado central y sus diferentes partes federadas, intentado evitar la concentración de poder en una de sus partes. Por tanto, las atribuciones otorgadas a la federación y a los estados federados, deben distribuirse de tal manera que evite que alguno de ellos detente una especie de supremacía de competencias.

Así, de acuerdo con García Pelayo⁸, la naturaleza del Estado Federal implica una necesidad de hacer posible la organización racional del poder político, de acuerdo a una relación de paridad entre las partes, y no sólo de relaciones de supra y subordinación. Esta organización racional, tiene por objeto garantizar la máxima autonomía de las partes que integran el Estado Federal, dado que con ello se responde a un mejor funcionamiento de la organización; existe un reconocimiento y respeto a las entidades federadas, y constituye una vía para la realización de la libertad.

Coincidimos con Salcido⁹ (Salcido 2013, 333) en el sentido de que no existe un sólo concepto de federalismo, o en sus palabras, de "federalismo puro", en razón de que se puede hablar de tantos federalismos como Estados Federales. Lo que sí se puede apreciar es, ciertos grados de adjudicación o colocación del poder, conforme a lo cual, se pueden apreciar Estados que cuentan con mayor o menor centralización o descentralización. De tal modo que un Estado que adjudica todo el poder en el nivel central, esto es, un Estado que cede toda su soberanía a la federación, deja de existir en cuanto Estado o modelo Federal, dando lugar a un Estado Unitario.

Por otra parte, el ilustre Ignacio Burgoa, destaca algunas particularidades del modelo federal: a) autonomía democrática de las entidades federadas, en el sentido de designar a sus órganos de gobierno administrativo, legislativo y judicial; b) autonomía Constitucional, traducida en la potestad de las entidades para organizarse política y jurídicamente, sin transgredir o acatando siempre los principios de la Constitución nacional, y c) participación de las entidades federadas en la expresión de la voluntad nacional, tanto por lo que respecta a la integración del cuerpo legislativo federal, como por lo

8 GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 216-217.

9 SALCIDO ROMERO, José Miguel, "El Instituto Nacional de Elecciones: una visión desde el federalismo mexicano", en *Instituciones Electorales a Debate*, Ed. Tirant lo Blanch México, 2013, p. 333.

que se refiere a la reformabilidad de la Constitución general (Burgoa 1994, 412).

En opinión del autor en cita, dichas características concurren el régimen jurídico-político en que se organizó nuestro país bajo el imperio de las constituciones de 1857 y 1917, donde las entidades miembros de la República Mexicana, gozan de: a) Autonomía Democrática, b) Autonomía constitucional y legislativa, c) Autonomía ejecutiva y judicial (Burgoa 1994, 414-415).

En nuestra Constitución, el artículo 40 consagra expresamente la existencia de un sistema federal, estableciendo los distintos ámbitos de competencia entre la Federación, Estados y Municipios.

Es en nuestra ley fundamental, donde se crea el sistema federal, reconociendo la existencia de dos órdenes subordinados a ella: a) la Federación y b) las entidades federativas, a los que les señala su competencia y límites. Entre estos órdenes, no existe subordinación, sino coordinación, por lo cual, una legislación federal no prevalece en principio sobre una local, sino que se aplica la expedida por la autoridad competente. Estos dos órdenes se encuentran subordinados a la Constitución, y la federación cuenta con la competencia que expresamente le señala la Constitución; mientras que las entidades federativas gozan de una especie de competencia residual, conforme lo señala el propio artículo 124 constitucional.¹⁰

3. ¿Qué significa la práctica del federalismo en el plano electoral?

Don Ignacio Burgoa¹¹ al destacar algunas particularidades del modelo federal señalaba que las entidades federadas debían tener autonomía democrática, en el sentido de designar a sus órganos de gobierno administrativo, legislativo y judicial.

Pero, ¿Cómo debía entenderse esa potestad de designación? Desde luego que esa potestad debía ser entendida de acuerdo a la muy particular forma de organización jurídica y política de cada entidad, pero siempre acatando los principios de la Constitución Federal.

Es decir, dentro del esquema federal, cada entidad es autónoma para decidir, entre otras cosas: la forma de organizar los poderes públicos; el funcionamiento de éstos; sus facultades y atribuciones, y su forma de elección, situación que implica desde la configuración

10 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *op. cit.*, p.46.

11 BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 9ª ed. México, 1994, p. 412.

de las leyes electorales, hasta la configuración de sus propias autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso electoral, pero siempre de acuerdo con lo estipulado en la norma fundamental.

Consecuente con lo anterior, la práctica del federalismo en el plano electoral, significa la potestad de cada entidad federativa de brindarse su propio marco jurídico en la materia, y conforme a éste, configurar y designar a las autoridades electorales, tanto administrativas y jurisdiccionales, así como desarrollar el proceso electivo correspondiente tendente a renovar los poderes públicos locales. Todo lo anterior, desde luego, sin contravenir lo que en relación con ello disponga la Constitución Federal.

Al respecto, conviene apuntar que el modelo electoral que se vino consolidando a partir de los años noventa, expresaba de manera clara la forma de distribuir las atribuciones entre las autoridades administrativas y jurisdiccionales federales, y sus homólogos en las entidades federativas, lo que permitió el desarrollo de las instituciones electorales de cada Estado, respetando desde luego, los principios establecidos en el artículo 116 de la Constitución Federal.

Así, bajo el esquema anterior, durante casi dos décadas, la competencia electoral se dio tanto a nivel federal como en el local, con reglas sencillas, e instituciones que respondían a cada ámbito competencial; es decir, no existía mayor problema en determinar cuándo era competencia federal o local. Esto posibilitó la coexistencia de 33 sistemas electorales: uno de carácter federal y treinta y dos locales.

Antes de la reforma constitucional de 2007, la intervención del entonces IFE en los procesos electorales locales, estaba presente a través del padrón electoral, lista nominal de electores y la credencial de elector. Era a través de acuerdos surgidos de la buena voluntad, como el IFE participaba en los procesos electorales locales con campañas intensivas de credencialización, y actualización del padrón electoral y el listado nominal de electores. Podríamos decir que el federalismo electoral de esa época era muy sencillo de interpretar.

Con la reforma constitucional de 2007, se aumentó el grado de intervención del extinto IFE en los procesos electorales locales, principalmente, debido a que era la autoridad única en la administración de los tiempos del Estado en radio y televisión.

De igual manera, la legislación electoral vigente en ese tiempo, contemplaba esquemas de participación y colaboración muy importantes entre las autoridades electorales federales y locales, que

bien pudiéramos considerar como el justo medio entre los dos extremos en el debate, a saber Centralización vs. Federalización.

Así por ejemplo, ya citábamos que el acceso a las prerrogativas de radio y televisión dentro de un proceso electoral local, para los partidos políticos y coaliciones participantes, y para el cumplimiento de los fines de las autoridades electorales locales, se daba por conducto del IFE, quien era autoridad única en la administración de los tiempos que corresponden al Estado en radio y televisión (CPEUM 2012, artículo 41, base III, apartado A).

Las autoridades electorales de las entidades federativas encargadas de la fiscalización de los recursos de los partidos políticos, sólo podían superar la limitación impuesta por los secretos bancario, fiduciario y fiscal, por conducto de la Unidad de Fiscalización del IFE (CPEUM 2012, artículo 41, base V).

Existía la posibilidad que el IFE, mediante convenio celebrado con las autoridades administrativas electorales locales, se hiciera cargo de la organización de los procesos electorales locales (CPEUM 2012, artículo 41, base V).

Era competencia del IFE conocer de los procedimientos sancionadores cuando la conducta cometida infringiera las normas relativas a la propaganda en radio y televisión –contratación de tiempos, propaganda denigrante y de calumnia– (CPEUM 2012, artículo 41, base III).

También era competencia del IFE, conocer de los procedimientos sancionadores cuando la conducta denunciada se encontraba relacionada con la violación de las normas que prohibían a los servidores públicos de la Federación, Estados y Municipios, utilizar la propaganda institucional con fines de promoción personal; así como cuando se difundía la propaganda gubernamental durante el tiempo que comprendieran las campañas electorales federales y locales, y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial (CPEUM 2012, artículo 41, base III, y 134, párrafos 7 y 8).

Asimismo, la totalidad de las entidades federativas utilizaban el padrón electoral, la credencial de elector y la lista nominal de electores elaborada por el IFE.

En sede jurisdiccional, el TEPJF tenía -y tiene- la última palabra al conocer y resolver los Juicios de Revisión Constitucional que se promovían en contra de actos definitivos y firmes de las autoridades electorales de las entidades federativas, encargadas de organizar y

calificar las elecciones o resolver las controversias que surjan durante las mismas, siempre y cuando dichos actos y resoluciones sean determinantes para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones (CPEUM 2012, artículo 99, fracción IV).

De igual manera el TEPJF tenía -y cuenta con- la última palabra en la tutela de los derechos político-electorales de los ciudadanos (CPEUM 2012 artículo 99, fracción V).

Ahora, con la reforma de 2014, tanto la Constitución Federal como las leyes generales secundarias, confieren más atribuciones al INE -autoridad que sustituyó al IFE-, dentro del marco de la organización de un proceso electoral local, y consecuentemente, se disminuyeron considerablemente las atribuciones de las autoridades electorales de los Estados.

Afortunadamente la reforma no logró concretar la idea de centralizar por completo la función electoral, con la consiguiente desaparición de los 32 subsistemas electorales locales, y el nacimiento de un único Instituto Nacional Electoral que organizara los comicios federales y locales.

En vez de esa propuesta contraria al federalismo, quedó un modelo que mengua las atribuciones que tenían en materia electoral las entidades federativas.

Como se expresó en el primer apartado de este trabajo, la reforma de la que se habla, es considerada altamente centralizadora, dado que atribuciones sustantivas que venían desarrollando con normalidad las autoridades electorales de los Estados, se sustraen de su esfera competencial para traspasarlas al naciente INE. Por lo que con esta alta dosis de centralización, resulta dudoso poder hablar de un federalismo electoral.

En opinión de Cano¹² (Cano 2015, 394), esta reforma de 2014, salvó al federalismo electoral de su colapso total, pues si bien se centralizaron muchas atribuciones, no todos los aspectos pueden tildarse como centralizadores, dado que el nuevo modelo electoral abre la posibilidad de que la federación delegue facultades a las entidades federativas. Por lo que debemos ver en la reforma de 2014, un

12 CANO MELGOZA, Rosa María, " El Impacto de la Reforma Electoral de 2014 en la Estructura del Sistema Federal Mexicano", En CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, DÍAZ VÁZQUEZ, Víctor Manuel y MONTOYA ZAMORA, Raúl, coords, *Monitor Democrático 2015, Sobre el Nuevo Federalismo Electoral*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, 394.

nuevo modelo federal, con cierta mengua en las facultades locales, sin duda, pero que puede llevar a una sana colaboración y repartición en el reparto de actividades electorales.

A pesar del carácter centralizador de la reforma, estimo que esta redistribución de competencias que mandató la reforma constitucional en comento, bien puede interpretarse con una vocación centralizadora, o bien, con una vocación colaborativa; lo que nos puede llevar a centralizar por completo la función electoral o a propiciar una especie de nuevo federalismo de carácter colaborativo.

Así qué, de acuerdo con Córdova¹³ (Córdova 2015, 315), debido al entrecruzamiento de atribuciones entre el INE y los OPLES, la práctica del federalismo electoral podría tener una faceta centralista en la que, en ese afán centralizador, el INE asumiera la organización total de las elecciones en las entidades federativas o la mayoría de las atribuciones de los OPLES. En dicho escenario, las autoridades electorales locales se convertirían en simples cascarones vacíos, sin ningún tipo de atribuciones en la práctica.

O bien, de acuerdo con el uso equilibrado de las facultades especiales -asunción, atracción y delegación-, el INE está en condiciones de generar mayores espacios de colaboración con los OPLES, delegando algunas atribuciones que éstos venían ejerciendo de buena manera antes de la reforma política-electoral de 2014.

Por lo que a continuación veremos en qué consisten las mencionadas facultades especiales, y cómo incidirían en la construcción de un nuevo federalismo electoral de carácter cooperativo.

4. Las facultades de asunción, atracción y delegación, y su incidencia en la construcción de un nuevo federalismo electoral cooperativo

La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), reglamenta las facultades de delegación, atracción y asunción con las que cuenta el INE.

Analicemos brevemente en qué consisten dichas facultades, para posteriormente ver cuál sería su impacto en la construcción de un nuevo federalismo electoral.

Al respecto, el artículo 120, párrafo 2, de la LGIPE, señala que se entiende por "asunción" la atribución del INE de asumir direc-

13 Córdova Vianello, Lorenzo, "Hacia un Federalismo Colaborativo en Materia Electoral", en Castañeda, Díaz y Montoya, *Ibidem*, p. 315.

tamente la realización de **todas** las actividades propias de la función electoral que corresponden a los OPLES.

En tanto que el párrafo 3, del artículo en cita, dispone que se entiende por "atracción", la atribución del INE de atraer a su conocimiento **cualquier asunto** de la competencia de los OPLES, cuando su trascendencia así lo determine o para sentar un criterio de interpretación.

Como se ve de lo anterior, una primera diferencia entre las facultades de "asunción" y "atracción", estriba en que la asunción es una facultad del INE para asumir de modo directo **todas las atribuciones de los OPLES**; mientras que a través de la facultad de atracción, el INE puede atraer cualquier asunto de la competencia de los OPLES, cuando se trate de un tema trascendente o para sentar un criterio de interpretación: es decir, mediante la facultad de atracción el INE no asumiría de modo directo **todas** las atribuciones de los OPLES, sino sólo aquellos asuntos que se estimen trascendentes o aquellos en los que se considere necesario sentar un criterio de interpretación.

Empero, el artículo 123 de la LGIPE, también establece la posibilidad de una asunción parcial, que operaría a petición fundada de la mayoría de los integrantes del consejo general de los OPLES, y por resolución mayoritaria de 8 votos de los integrantes del Consejo General del INE. En tales casos, la solicitud podrá presentarse en cualquier momento del proceso electoral de que se trate, y sólo tendrá efectos durante el mismo.

La facultad de asunción, se rige mediante un procedimiento especial previsto en los artículos 122 y 123 de la LGIPE, que corresponde sustanciar a la Secretaría Ejecutiva del INE.

Este procedimiento, inicia mediante la presentación de una solicitud fundada y motivada ante el INE, aprobada cuando menos, por 4 integrantes de su Consejo General o por la mayoría de los integrantes del Consejo General del OPLE correspondiente. Esta solicitud de asunción total, tiene que presentarse antes de que de inicio el proceso electoral local correspondiente, por lo que una vez iniciado este, no podrá iniciarse el procedimiento de asunción total (LGIPE artículo 122, párrafos 3 y 14).

De acuerdo con lo previsto por el párrafo 2, del artículo 122, de la LGIPE, dentro de las causas que pueden dar pauta a la solicitud, se encuentran:

- a) Que existan diversos factores sociales que afecten la paz pública o pongan a la sociedad en grave riesgo en la entidad federativa que a decir del peticionario afectan los principios constitucionales electorales de imparcialidad, certeza, legalidad, objetividad y equidad en la contienda electoral e impiden por lo tanto, que se lleve a cabo la organización pacífica de la elección por el OPLE competente, y
- b) Que no existan condiciones políticas idóneas, por injerencia o intromisión comprobable de algunos de los poderes públicos en la entidad federativa que afecten indebidamente la organización del proceso electoral por el OPLE competente, al no poderse realizar todas las etapas del proceso electoral por este organismo, con imparcialidad.

Como se puede advertir de lo anterior, la facultad de asunción se tiene que ejercer sólo en aquellos casos graves, donde no existan condiciones para llevar a cabo los procesos electorales con pleno respeto a los principios constitucionales propios de unas elecciones democráticas, ya sea porque se acrediten diversos factores que afecten la paz social o por la injerencia o intromisión de los poderes públicos que afecten la organización del proceso electoral.

La facultad de asunción, así como sucede en el ámbito del derecho penal con el principio de intervención mínima -a modo de analogía-, debería ser la última *ratio*, esto es, la última medida a tomar por parte del INE, siempre y cuando se acrediten con elementos objetivos y racionales, que no puede llevarse a cabo la organización del proceso electoral por el OPLE competente, debido a la falta de condiciones mínimas que garanticen los principios constitucionales de imparcialidad, certeza, legalidad, objetividad, independencia y equidad.

Se destaca que en este procedimiento, la Secretaría Ejecutiva del INE, tiene que realizar una investigación tendente a corroborar las causas que dieron origen a la solicitud de asunción, para lo cual, se tomarán en cuenta, además de las pruebas que obren dentro del procedimiento, las opiniones de todos los partidos políticos que participan en el proceso, de los poderes del Estado y otros actores políticos que puedan incidir en el proceso. Igualmente, la Secretaría Ejecutiva se podrá allegar de elementos de información y apoyo de las autoridades competentes y de opinión pública para que se tomen en cuenta al momento de la resolución (LGIPE artículo 122 párrafos 11 y 12).

Es facultad exclusiva del Consejo General del INE, resolver al menos por una mayoría de 8 votos, el proyecto de resolución que someta la Secretaría Ejecutiva, antes de que inicie el proceso local correspondiente, valorando los elementos que hayan sido denunciados que afecten a alguno o a varios de los principios constitucionales electorales que dieron motivo a la solicitud de la asunción. Esta resolución podrá ser impugnada ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). (LGIPE artículo 122, párrafos 10 y 13).

Un punto a favor de los procesos electorales 2014-2015, 2015-2016 y 2016-2017, en donde se celebraron elecciones federales y locales, es que no se solicitó al INE que ejerciera la facultad de asunción total; a excepción de la elección extraordinaria de Gobernador del Estado de Colima, donde el INE¹⁴ asumió directamente la organización de esa elección, en cumplimiento a la sentencia dictada por la Sala Superior del TEPJF, en el Juicio de Revisión Constitucional Electoral de clave SUP-JRC-678/2015.

En cuanto a la facultad de atracción, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 124, párrafo 1, de la LGIPE, la petición sólo podrá formularse por al menos cuatro de los Consejeros Electorales del INE o la mayoría del Consejo General del OPLE competente. El Consejo General del INE, ejercerá dicha facultad siempre que exista la aprobación de una mayoría de cuando menos ocho votos.

Conforme al párrafo 2, del artículo en cita, la solicitud deberá contener los elementos señalados para la solicitud de asunción, pero con la salvedad de que podrá presentarse en cualquier momento.

El párrafo 3 del artículo de cuenta, define que una cuestión es trascendente, cuando la naturaleza intrínseca del asunto permita que éste revista un interés superlativo reflejado en la gravedad del tema, es decir, en la posible afectación o alteración del desarrollo del proceso electoral o de los principios de la función electoral local.

Por su parte, el párrafo 4 del artículo en análisis, dispone que para la atracción de un asunto a fin de sentar un criterio de interpretación, el INE deberá valorar su carácter excepcional o novedoso, así como el alcance que la resolución pueda producir tanto para la sociedad en general, como para la función electoral local, por la fijación de un criterio jurídico para casos futuros o la complejidad sistemática de los mismos.

14 Véase acuerdo INE/CG902/2015.

Finalmente, el párrafo 5 del mencionado artículo, prevé que las decisiones correspondientes a esta facultad, serán emitidas por el Consejo General del INE, con apoyo en el trabajo de sus comisiones y con apoyo del Consejo General del OPLE competente: estas decisiones, al igual que las que se emitan en los procedimientos de asunción, podrán ser impugnadas ante el Tribunal Electoral.

Ahora bien, por cuanto hace a la facultad de delegación, el artículo 125 de la LGIPE, es enfático en señalar que tendrá el carácter de **excepcional**, lo que en principio nos puede llevar a concluir, que a pesar de los requisitos y condiciones previstos en la ley, las facultades de asunción y atracción pueden ser ejercidas casi de modo sistemático por el INE, mientras que la de delegación, puede ser, como dispone la ley, la excepción.

Empero, en aras de construir un nuevo federalismo electoral cooperativo, consideramos que el INE puede interpretar adecuadamente dichos preceptos, haciendo de las facultades de asunción y atracción la excepción, y de la facultad de delegación, la regla general, de acuerdo a lo que se razonará más adelante.

Continuando con el tema de la facultad de delegación, el artículo 125, párrafo 1, dispone que la Secretaría Ejecutiva someterá al Consejo General los acuerdos de resolución en los que se deberá fundar y motivar el uso de esta facultad.

Para el ejercicio de esta facultad, el acuerdo del Consejo General deberá valorar positivamente de las capacidades profesionales, técnicas, humanas y materiales del OPLE, para cumplir con eficiencia la función (LGIPE artículo 125, párrafo 2).

La delegación se realizará antes del inicio del proceso electoral local correspondiente y requerirá del voto de al menos ocho Consejeros Electorales. Finalizado el proceso electoral de que se trate, cesarán los efectos de la delegación. El Instituto podrá reasumir la función que haya sido delegada antes de que finalice el proceso electoral respectivo, siempre y cuando se apruebe por la misma mayoría de ocho votos (LGIPE artículo 125, párrafo 3).

Las facultades delegadas se realizarán por los OPLES, sujetándose a lo previsto por la LGIPE, la Ley General de Partidos Políticos (LGPP), los lineamientos, acuerdos generales, normas técnicas y demás disposiciones que emita el Consejo General del INE (LGIPE artículo 125, párrafo 4).

De igual manera, las decisiones que adopte el Consejo General del INE respecto de la delegación de facultades, podrán ser impugnadas ante el TEPJF.

Como se destacó en líneas atrás, valoramos como positivo que el INE no haya ejercido la facultad de asunción total en las elecciones de las entidades federativas que tuvieron proceso electoral concurrente con el federal de 2015; empero, también nos parece desafortunado que el INE no hubiese realizado delegación alguna a los OPLES correspondientes, pues se enfatiza que esto -la delegación-, de acuerdo con la ley, tendría que haberla realizado antes del inicio del proceso electoral.

Incluso, el INE no solamente no delegó atribución alguna a los OPLES competentes, sino que reasumió las funciones de capacitación electoral, así como la ubicación de las casillas y la designación de los funcionarios de casilla, que se entendían delegadas a los organismos públicos locales, por virtud de lo dispuesto en el artículo octavo transitorio del decreto de reforma constitucional en materia política-electoral (DOF, 2014), con la finalidad de instrumentar la casilla única (Acuerdo INE/CG100/2014, y Acuerdo INE/CG114/2014).

Hecho que calificamos poco afortunado, porque consideramos que se podía haber realizado un acuerdo en el que se privilegiara la coordinación y colaboración entre el INE y los OPLES competentes, dándoles participación en las funciones de capacitación, ubicación de las casillas y designación de los funcionarios; y no sólo para efectos de financiar equitativamente, los costos correspondientes que tendría el INE en el ejercicio de estas atribuciones.

También es oportuno destacar, que desde la entrada en vigor de la reforma de 2014, a la fecha en que se escribe el presente texto, el INE ha ejercido en 18 ocasiones la facultad de atracción; en 3 ocasiones la asunción parcial; una asunción total -la de la elección extraordinaria del Estado de Colima-, y no se ha realizado ninguna delegación de facultades.¹⁵

El activismo del INE en ejercicio de las atribuciones especiales, ha llegado a tal extremo, que con fecha 7 de septiembre de 2017, emitió el Reglamento de Elecciones¹⁶ -conocido en el argot electoral como la LGIPE pequeña-, donde se incorporaron todas las disposiciones que

15 Véase anexo 1, oficio INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017, de fecha 13 de junio de 2017.

16 Aprobado mediante acuerdo INE/CG661/2016.

fueron emitidas en ejercicio de la facultad de atracción, a través de los cuáles se fijaron los criterios de interpretación en temas cuya competencia original recae en los Organismos Públicos Electorales Locales, tales como: La elaboración, desarrollo y publicidad del sistema de seguimiento al desarrollo de la jornada electoral; Registro de representantes de partidos político y candidatos independientes ante las mesas directivas de casilla y generales; mecanismos de recolección de documentación de casillas electorales al término de la jornada electoral; Conteo, sellado y agrupamiento de las boletas electorales, distribución de documentación y materiales electorales a presidentes de mesas directivas de casilla y recepción de paquetes electorales en la sede de los consejos, al término de la jornada electoral; Realización del escrutinio y cómputo de los votos en las casillas; Realización de los cómputos municipales, distritales y de entidad federativa; Registro de coaliciones, y Designación de los consejeros electorales distritales y municipales, así como de los servidores públicos titulares de las áreas ejecutivas de dirección de los Organismos Públicos Locales Electorales.

De lo antes expuesto, podemos establecer a manera de conclusión, que el federalismo electoral -ya menoscabado de por sí con la reforma- depende en gran medida, en cómo el INE ejerza dichas facultades de asunción, atracción y delegación.

Si en la experiencia que nos darán los procesos electorales, se advierte que la asunción -total o parcial- y atracción, son la regla general, y la delegación, como lo dispone la ley, es excepcional -como puede apreciarse hasta el momento-, se habrá comprobado que el federalismo electoral quedó totalmente aniquilado, dando paso hacia la centralización total del sistema electoral en México.

Si por el contrario, se advierte que las facultades de asunción y atracción se ejercen en menor medida o no son ejercidas por el INE, y existe la confianza de éste en delegar algunas atribuciones a los OPLES; podremos decir que a pesar de estar concentradas muchas actividades importantes en el INE, existe una tendencia favorable a preservar el sistema federal electoral, mediante una adecuada coordinación y colaboración entre autoridades centrales y estatales, dando paso hacia la construcción de un nuevo federalismo electoral.

Pues recordemos que en palabras de Xavier Díez¹⁷, un sistema que opera sobre la base de la cooperación, en el que si bien, cada

17 DÍEZ, DE URDINIVIA, Xavier, *El Sistema Federal Mexicano*, Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., México, 2008, p. 71.

cual cumple con sus atribuciones y responsabilidades, pero que al mismo tiempo funciona bajo la lógica de coincidencia de metas y contribución coordinada de empeños y recursos, de forma natural evoca pronósticos halagadores para su eficaz desempeño.

Consecuentemente, el INE y en caso de la impugnación de sus determinaciones, el TEPJF, se encuentran en una posición privilegiada que les permitirá rescatar algo del federalismo electoral que se perdió con la reforma que se analizó, siempre y cuando depositen su confianza en los OPLES, y les deleguen aquellas atribuciones que en el pasado supieron ejercer de buena manera; evitando también en la medida de lo posible, no hacer uso de las facultades de asunción y atracción, esto es, el INE debe de hacer de estas facultades, como se indicó, la excepción y no la regla.

Y esto es algo que debe ser tomado seriamente en cuenta por el INE, ya que dentro de sus nuevas atribuciones, ahora tiene encomendada la fiscalización de las finanzas de los partidos políticos y sus candidatos.

Será un enorme reto para el INE asumir la fiscalización de las finanzas de todos los partidos políticos -nacionales y locales-, y de todas las pre campañas y campañas federales y locales, y de todos los candidatos, incluyendo los independientes -tendrá que fiscalizar más de 70,000 campañas, frente a las 6,000 que vigilaba el extinto IFE-; pues debemos de recordar que el extinto IFE tardaba algo más de un año en aprobar el dictamen consolidado sobre los gastos de campaña de la elección presidencial.

Ahora, esto lo tendrá que realizar de manera paralela al curso de cada campaña -en aproximadamente 63 días, contando el tiempo de la impugnación correspondiente-, y de manera eficiente, ya que conforme al artículo 41, base VI, de la CPEUM, es causa de nulidad de elección, el rebase de topes de gastos de campaña en un cinco por ciento del monto total autorizado. Esto implica que el INE deberá resolver con toda oportunidad los procedimientos de fiscalización de las campañas, ya que sus determinaciones, aún son susceptibles de impugnarse ante el TEPJF, y de esas decisiones dependerá si un órgano jurisdiccional federal o local, anula una elección.

Esta sobre carga de trabajo que ya tiene encomendada el INE, puede ser superada si adopta un espíritu de cooperación y colaboración con los OPLES, de tal manera que haciendo un uso correcto de la facultad de delegación, pueda desahogar de manera eficiente,

el trabajo que implica el ejercicio de las nuevas atribuciones en el marco de la organización de los procesos electorales locales.

Si por el contrario, el INE se cierra a la posibilidad de cooperación y colaboración con los OPLES, se corre el riesgo de que dicha autoridad cometa errores sustanciales en la ejecución de las nuevas atribuciones, derivados de la sobre carga de trabajo, y que desvirtúe por completo la existencia de los Institutos Electorales Estatales, dejándolos como señala Córdova¹⁸, como cascarones vacíos, desprovistos atribuciones en la práctica.

Por tanto, el gran reto del INE es apostarle a la construcción de un nuevo federalismo electoral, en donde se fomente la cooperación, colaboración y coordinación con los OPLES, con la finalidad de rescatar un poco del federalismo electoral perdido, y además, con el propósito de garantizar una mejor organización de los procesos electorales federales y locales.

En esta tarea, tiene que colaborar haciendo su parte, el TEPJF, sentando criterios de interpretación y aplicación que favorezca el federalismo electoral.

Al respecto, cabe señalar que el órgano jurisdiccional especializado en la materia, ha sido garante del federalismo judicial, al emitir criterios que potencian el papel que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la jurisprudencia 15/2014, en la que se refiere que el federalismo judicial se garantiza a través del reencauzamiento de asuntos a la autoridad local competente, incluso cuando no esté prevista una vía o medio de impugnación específico para impugnar el acto reclamado (jurisprudencia 15/2014).

En tal criterio, la Sala Superior del TEPJF razonó que el federalismo judicial se actualiza a través de un sistema integral de medios de impugnación tendente a que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad (jurisprudencia 15/2014).

En esa tesitura, estableció que si en la CPEUM, se determina que las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal -hoy Ciudad de México- deben garantizar la existencia de medios de impugnación en la materia, es posible desprender que la falta de previsión de un recurso específico o de reglas atinentes a

18 Córdova Vianello, Lorenzo, "Hacia un Federalismo Colaborativo en Materia Electoral", en Castañeda, Díaz y Montoya, *Ibidem*, p. 315.

su trámite y sustanciación para impugnar ciertos actos y resoluciones electorales, volvería restringida la intervención de los tribunales electorales locales, siendo contraria al espíritu del federalismo judicial y no funcional para el sistema constitucional y legal de justicia electoral integral (jurisprudencia 15/2014).

Consecuentemente, la Sala Superior reconoció muy bien que el funcionamiento óptimo del sistema de medios de impugnación en la materia electoral, demanda la existencia de una vía local ordinaria, funcional de control jurisdiccional de la legalidad electoral; por lo que privilegiando la interpretación que condujo a tal conclusión, sostuvo que, en el sistema federal mexicano, ante la falta un medio de impugnación local, lo procedente es reencauzar el asunto a la autoridad jurisdiccional de la respectiva entidad federativa o del Distrito Federal, a efecto de que implementara una vía o medio idóneo (jurisprudencia 15/2014).

De esta manera, la Sala Superior privilegió la participación de la jurisdicción electoral local en el conocimiento y resolución de controversias electorales antes de acudir a esa instancia federal; resultando con ello, una disposición acorde con el fortalecimiento del federalismo judicial, dado que favorece el reconocimiento, la participación y colaboración de los distintos ámbitos de impartición de justicia electoral en beneficio de una aplicación extensiva del derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia (jurisprudencia 15/2014).

El criterio anterior, se encuentra vinculado con el contenido en la jurisprudencia 14/2014, que impone la obligación para las autoridades jurisdiccionales locales, de implementar un medio de impugnación idóneo, ante su falta de previsión en la normativa local (jurisprudencia 14/2014).

El criterio de cuenta, fue sustentado, al tener en cuenta la obligación de salvaguardar y maximizar el derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva; así como la obligación que tienen todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, incluyendo las jurisdiccionales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (jurisprudencia 14/2014).

Derivado de ello, se concluyó que los órganos jurisdiccionales, en la esfera de sus atribuciones, deben proveer lo necesario a fin de

hacer realidad, en dichos términos y conforme a tales principios, el derecho de acceso a la impartición de justicia y a un recurso efectivo. Consecuentemente, en los casos donde la normativa electoral local no prevea una vía idónea para controvertir ciertos actos o resoluciones, la autoridad electoral estatal competente deberá implementar un medio sencillo y acorde al caso, en el que se observen las formalidades esenciales del debido proceso, a fin de conocer y resolver el asunto; en su defecto, si el caso fuera planteado ante alguna de las Salas del TEPEJ, ésta deberá ordenar su reencauzamiento a la instancia jurisdiccional local que corresponda, a efecto de que proceda en los términos indicados (jurisprudencia 14/2014).

En esa misma línea se inscribe el criterio contenido en la jurisprudencia 5/2011, mediante la cual, se le otorga competencia a los Tribunales Electorales de las entidades federativas, para conocer y resolver de asuntos relacionados con la integración de los órganos locales de partidos políticos nacionales (jurisprudencia 5/2011).

Es con ese tipo de interpretaciones, la manera en que puede consolidarse un nuevo federalismo judicial electoral de carácter cooperativo y colaborativo, dando paso a criterios que privilegien la existencia de la jurisdicción electoral local, y que de modo principal, favorezca a las personas, con la protección más amplia, su derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Esto insisto, se puede lograr muy bien, si el TEPJF reconoce, como lo ha realizado en la jurisprudencia examinada, el papel que tienen los órganos jurisdiccionales electorales de los estados, en la consolidación de un sistema integral de justicia electoral, garante de los principios de constitucionalidad y legalidad de todos los actos y resoluciones de la autoridad electoral, y sobre todo, el papel que tienen estos tribunales en la protección de los derechos políticos de los ciudadanos.

Finalmente, se deja como reflexión, en aras de contribuir a la construcción de este nuevo federalismo electoral, la propuesta de que en el nombramiento de los integrantes del Consejo General de los OPLES, el INE sólo se encargue de llevar a cabo el proceso de selección de las y los mejores; devolviendo la facultad de designación o nombramiento a las legislaturas estatales.

Con dicho procedimiento, se garantiza que sólo los mejores integren el órgano superior de dirección de los OPLES, así como la imparcialidad de sus integrantes, y a la par, se recupera la facultad

soberana de cada entidad federativa para designar a sus propias autoridades electorales.

Esperemos que no pase mucho tiempo para que esta propuesta se vuelva una realidad, y que la reforma que se analiza, sólo sea una de transición, pero no con la finalidad de centralizar por completo la función electoral, sino con el objetivo de construir un nuevo federalismo electoral de carácter cooperativo, entre las autoridades nacionales y las de las entidades federativas.

CONCLUSIONES

Primera.- Con motivo de la reforma política-electoral que fue analizada, al INE se le confirieron funciones sustantivas que tenían los institutos electorales locales, tales como la capacitación electoral, geografía electoral, fiscalización de recursos, ubicación de casillas y designación de funcionarios, impresión de documentos y producción de materiales electorales, integración de un servicio profesional electoral de carácter nacional, designar y remover a los integrantes de los Consejos Generales de los OPLES, etcétera.

Segunda.- Una interferencia grave en contra del federalismo electoral, es la nueva facultad del INE para nombrar y destituir a los integrantes del Consejo General de los OPLES; cuando dichos nombramientos eran realizados por la legislatura de cada entidad federativa, en ejercicio de su soberanía, conforme lo señalado por el artículo 40 constitucional, dado que el nombramiento de autoridades locales electorales, es un asunto que corresponde al régimen interior de cada Estado.

Tercera.- A pesar del carácter centralizador de la reforma de mérito, consideramos que el INE se encuentra en una posición importante para rescatar algo del federalismo electoral perdido. Un factor esencial para lograrlo, deriva del buen uso que haga esta institución de las facultades de asunción, atracción y delegación.

Cuarta.- Si en la experiencia de los procesos electorales que están por celebrarse, se advierte que la asunción -total o parcial- y atracción, son la regla general, y la delegación, como lo dispone la ley, es excepcional, se habrá comprobado que el federalismo electoral quedó totalmente aniquilado, dando paso hacia la centralización total del sistema electoral en México.

Quinta.- Si por el contrario, se aprecia que las facultades de asunción y atracción se ejercen en menor medida o no son ejercidas por

el INE, y existe la confianza de éste en delegar algunas atribuciones a los OPLES; podremos decir que a pesar de estar concentradas muchas actividades importantes en el INE, existe una tendencia favorable a preservar el sistema federal electoral, mediante una adecuada coordinación y colaboración entre autoridades centrales y estatales, dando paso hacia la construcción de un nuevo federalismo electoral.

Sexta.- En consecuencia, uno de los grandes retos que tiene el naciente INE, es apostarle a la construcción de un nuevo federalismo electoral, en donde se fomente la cooperación, colaboración y coordinación con los OPLES, con la finalidad de rescatar un poco del federalismo electoral perdido, y además, con el propósito de garantizar una mejor organización de los procesos electorales federales y locales.

Séptima.- En esta tarea, tiene que colaborar haciendo su parte, el TEPJE, sentando criterios de interpretación y aplicación que favorezca el federalismo electoral, tal y como lo ha realizado al aprobar jurisprudencia que potencia el papel que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados en la consolidación del sistema integral de justicia electoral, y la protección de los derechos humanos.

FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Acuerdo INE/CG100/2014, por el cual se reasumen las funciones correspondientes a la capacitación electoral, así como la ubicación de las casillas y la designación de funcionarios de la mesa directiva en los procesos electorales locales, delegada a los organismos públicos locales por disposiciones transitorias en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la LGIPE. Disponible en http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Julio/CGex201397-14_01/CGex201407-14_ap_6.pdf [consultada el 24 de octubre de 2014].

Acuerdo INE/CG114/2014 por el que se aprueba el modelo de casilla única para las elecciones concurrentes que se celebrarán en el año de 2015. Disponible en http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Agosto/CGex201408-13/CGex201408-13_ap_6.pdf [consultada el 24 de octubre de 2014].

Burgoa, Ignacio. 1994. *Derecho Constitucional Mexicano*°. 9ª ed. México: Porrúa.

Castañeda Rivas, María Leoba, Díaz Vázquez, Víctor Manuel y Montoya Zamora, Raúl, coords. 2015. *Monitor Democrático 2015, Sobre el Nuevo Federalismo Electoral*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Cano Melgoza, Rosa María. 2015. *El Impacto de la Reforma Electoral de 2014 en la Estructura del Sistema Federal Mexicano*. En Castañeda, Díaz y Montoya 2015, 383-403.

- Córdova Vianello, Lorenzo. 2015. *Hacia un Federalismo Colaborativo en Materia Electoral*. En Castañeda, Díaz y Montoya 2015, 313-319.
- CPEUM. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en <http://www.trife.gob.mx/legislacion-jurisprudencia/catalogo/2014-constitucion-politica-de-los-estados-unidos-m> [consultada el 24 de octubre de 2014].
- Díez, de Urdinivia, Xavier. 2008. *El Sistema Federal Mexicano*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.
- García Pelayo, Manuel. 2000. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México: Porrúa.
- Leacock, Stephen. 1924. *Elementos de Ciencia Política*. 4ª ed. México: Victoria.
- LGIFE. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIFE_100914.pdf [consultada el 13 de octubre de 2014].
- LGPP. Ley General de Partidos Políticos. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS.pdf> [consultada el 10 de octubre de 2014].
- Jurisprudencia 5/2011. Disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=5/2011&tpoBusqueda=S&sWord=5/2011> [consultada el 23 de octubre de 2014].
- Jurisprudencia 14/2014. Disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=14/2014&tpoBusqueda=S&sWord=> [consultada el 23 de octubre de 2014].
- Jurisprudencia 15/2014. Disponible en <http://www.te.gob.mx/iuse/tesisjur.aspx?idtesis=15/2014&tpoBusqueda=S&sWord=> [consultada el 23 de octubre de 2014].
- Salcido Romero, José Miguel. 2013. *El Instituto Nacional de Elecciones: una visión desde el federalismo mexicano*, en *Instituciones Electorales a Debate*. México: Tirant lo Blanch.
- Sánchez De La Barquera, Herminio. 2011. *La Federación de la política cultural en México: ¿Alemania como Modelo?*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ANEXO



Instituto Nacional Electoral

DIRECCIÓN JURÍDICA

No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

**LIC. IVETTE ALQUICIRA FONTES,
DIRECTORA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES,
P R E S E N T E.**

Por instrucciones superiores, y en atención a la solicitud presentada por RAUL MN ZAMORA, recibida en el sistema INFOMEX-INE y turnada por la Unidad de Transparencia a la Dirección Jurídica, en el que requiere:

INFORMACIÓN SOBRE LOS ACUERDOS, REGLAMENTOS Y/O DETERMINACIONES EMITIDOS EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE ASUNCIÓN, ATRACCIÓN Y DELEGACIÓN, DESDE QUE ENTRÓ EN VIGOR LA REFORMA DE 2014 A LA FECHA. TAMBIÉN REQUIERO EN VÍA ELECTRÓNICA EL RESPALDO DE LA CITADA INFORMACIÓN. MUCHAS GRACIAS. (sic)

Al respecto en cumplimiento al principio de máxima publicidad y dado que se trata de información pública, hago de su conocimiento que el Consejo General de este Instituto ha emitido los siguientes acuerdos en el ejercicio de las facultades especiales:

ACUERDO/ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL	DISPONIBLE EN LA SIGUIENTE LIGA
2014 Atracción	
INE/CG307/2014 Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueba la facultad de atracción respecto a las coaliciones a nivel local para el proceso electoral 2014-2015.	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2014/Diciembre/CGex201412-10_03/CGex201412-10_ap_1.pdf
2015 Atracción	
INE/CG77/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueba la facultad de atracción respecto del criterio de interpretación relativo a la obligatoriedad de constituir una Asociación Civil para la rendición de cuentas y fiscalización de las campañas electorales de los candidatos independientes en el Distrito Federal, Nuevo León y Querétaro.	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2015/03_Marzo/CGex201503-01/CGex201503-1_ap_1.pdf
INE/CG365/2016. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se determina ejercer la facultad de atracción para verificar el cumplimiento de los criterios de designación y el desempeño de los servidores públicos titulares de las áreas ejecutivas de dirección del organismo público local de Durango designados en cumplimiento al acuerdo INE/CG865/2015, en el marco del proceso electoral local 2015-2016.	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/05_Mayo/CGex201605-13/CGex201605-13_ap_3.pdf http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/SecretariaEjecutiva/SE-Varios/2016/INE-CG402-2016.pdf

DIRECCIÓN JURÍDICA
No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

<p>INE/CG865/2015. Acuerdo por el que se ejerce la facultad de atracción y se aprueban los lineamientos para la designación de los consejeros electorales distritales y municipales, así como de los servidores públicos titulares de las áreas ejecutivas de dirección de los organismos públicos locales electorales.</p>	<p>http://norma.ine.mx/documents/90744/105264/2016_UTY_OPL_INE_CG865_2015_ACUERDO_0523074241.pdf?2b014151-495c-481a-afc5-9be659c75ad0</p>
<p>INE/CG927/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, en ejercicio de la facultad de atracción, se emiten criterios generales a efecto de garantizar el cumplimiento del principio de paridad de género en elecciones extraordinarias de legislaturas federales y locales, así como de ayuntamientos y de órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal</p>	<p>http://www.iepc-chiapas.org.mx/archivos/comisiones/Acuerdos_paridad/INE-CG927-2015.pdf</p>
<p>INE/CG928/2015. Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción se emiten los "Lineamientos que deberán observar los OPL respecto de la solicitud del registro de los convenios de coalición para los procesos electorales locales".</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2015/10_Octubre/CGex201510-30/CGex201510-30_ap_17.pdf</p>
<p>INE/CG939/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se ejerce la facultad de atracción y se aprueban los lineamientos para el ejercicio del derecho que tienen los orora partidos políticos nacionales para optar por el registro como partido político local, establecido en el artículo 95, párrafo 5 de la ley general de partidos políticos</p>	<p>http://www.iepcdgo.org.mx/img/ACUERDOS/27_ACUERDO%20INE-CG-939-2015.pdf</p>
<p>INE/CG951/2015. Acuerdo por el que, en ejercicio de la facultad de atracción, se establecen los criterios que deberán observar los organismos públicos locales, para la elaboración, desarrollo y publicidad del sistema de seguimiento al desarrollo de la jornada electoral de los procesos electorales locales ordinarios a celebrarse en 2015-2016, así como los procesos extraordinarios que resulten de los mismos.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-GacetasElectorales_INE/2016/Gaceta-011/PDF29.pdf</p>
<p>INE/CG1012/2015. Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción se emiten los lineamientos para el establecimiento y operación de mecanismos de recolección de la documentación de las casillas electorales al término de la jornada electoral, para los procesos electorales locales 2015-2016, así como los extraordinarios que resulten de los mismos y, en su caso, de las diversas formas de participación ciudadana establecidas en las legislaciones estatales.</p>	<p>https://www.google.com.mx/search?q=INE%2FCG1012%2F2015.&og=INE%2FCG1012%2F2015.&aqs=chrome..69j57i69j58j766j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8</p>
<p>INE/CG1070/2015 Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción se emiten los criterios del procedimiento de registro de representantes de partidos políticos y candidatos independientes ante las mesas directivas de casilla y generales; para regular su actuación en los procesos electorales locales ordinarios de 2016, así como los extraordinarios que deriven de los mismos; y se aprueban las formas que contienen los requisitos y datos que deberá reunir la documentación en la que se acredite a los mismos.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2015/12_Diciembre/CGex201512-16_1a/CGex201512-16_ap_28.pdf</p>



DIRECCIÓN JURÍDICA
No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

Instituto Nacional Electoral

2016 Atracción	
INE/CG91/2016. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que no se aprueba el "proyecto de acuerdo del consejo general del instituto nacional electoral por el cual se ejerce la facultad de atracción de los asuntos a que el presente se refiere, en términos de lo dispuesto por los artículos 41 base v apartado c, numeral 11, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 120 Párrafos 1 Y 3, 121 Párrafo 4, 123, 124 y demás relativos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, del Organismo Público Local Electoral del Estado de Tamaulipas de la elección de la misma entidad"	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/02_Febrero/CGor201602-26/CGor201602-26_ap_12.pdf
INE/CG122/2016. Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción, se establecen los criterios para conteo, sellado y agrupamiento de boletas electorales; distribución de la documentación y materiales electorales a presidentes de mesas directivas de casilla y recepción de paquetes electorales en la sede de los consejos, al término de la jornada electoral, de los procesos electorales locales 2015-2016, así como, en su caso, los extraordinarios que resulten de los mismos.	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/03_Marzo/CGex201603-16/CGex201603-16_ap24.pdf
INE/CG174/2016. Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción, se emiten criterios que deberán observarse para la realización del escrutinio y cómputo de los votos en las casillas en los procesos electorales locales ordinarios a celebrarse en 2015-2016, así como, los extraordinarios que resulten de los mismos.	http://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-GacetasElectorales_INE/2016/Gaceta-013/PDF075.pdf
INE/CG175/2016. Acuerdo por el que en ejercicio de la facultad de atracción se establecen los criterios generales para normar la realización de los cómputos municipales, distritales, entidad federativa en los procesos electorales ordinarios locales 2015-2016, así como en su caso los extraordinarios que resulten de los mismos.	http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/03_Marzo/CGex201603-30_2a/CG2ex201603-30_ap_2.pdf
INE/CG401/2016. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que en ejercicio de la facultad de atracción se emiten los criterios para regular la emisión del sufragio y el procedimiento del registro de representantes de partidos políticos y candidatos independientes ante las mesas directivas de casilla para el cargo de presidentes de comunidad en el estado de Tlaxcala.	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/05_Mayo/CGex201605-18_02/CG2ex201605-18_ap_15.pdf
2016 Asunción	
INE/CG75/2016. Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, que determina procedente la solicitud de asunción para la implementación y operación del Programa de Resultados Electorales Preliminares para el proceso electoral local 2015-2016, en el estado de Sinaloa.	http://ine.mx/archivos2/CentroDeAyuda/ResultadosElectorales/PREP/Sinaloa/2016/docs/pdf/INE-CG75-2016.pdf

DIRECCIÓN JURÍDICA
No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

<p>INE/CG883/2016. Resolución por la que se determina procedente la solicitud del Organismo Público Local Electoral de Veracruz, para el efecto que este Instituto Nacional Electoral ejerza la facultad de asunción respecto a la implementación y operación del Programa de Resultados Electorales preliminares en el proceso electoral local ordinario 2016-2017, en dicha entidad federativa.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-resoluciones/2016/12_Diciembre/CGex201612-21-02/CGex201612-21-rp-2.pdf</p>
<p>2017 Atracción</p>	
<p>INE/CG04/2017. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se determina ejercer la facultad de atracción para establecer mecanismos para contribuir a evitar acciones que generen presión sobre el electorado, así como el uso indebido de programas sociales y la violación a los principios de equidad e imparcialidad, durante los procesos electorales locales 2016-2017 en Coahuila, Estado de México, Nayarit y Veracruz. Modificado mediante INE/CG108/2017</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/01_Enero/CGex201701-13/CGex201701-13-ap-4.pdf http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/04_Abril/CGex201704-05-2/CG2aEXT201704-05-ap5.pdf</p>
<p>INE/CG61/2017. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se ejerce la facultad de atracción y se aprueban los Lineamientos para el cobro de sanciones impuestas por el Instituto Nacional Electoral y autoridades jurisdiccionales electorales, del ámbito federal y local; así como para el reintegro o retención de los remanentes no ejercidos del financiamiento público para gastos de campaña.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/03_Marzo/CGex201703-15-1/CG1ex201703-ap9.pdf</p>
<p>INE/CG122/2017 Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por la que se determina procedente la solicitud de la consejera y los consejeros electorales del instituto nacional electoral, para el efecto de ejercer la facultad de atracción, a fin de ratificar el nombramiento de Patricia González Suárez como encargada del despacho de la Secretaría General del Instituto Estatal Electoral de Nayarit.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-resoluciones/2017/04_Abril/CGex201704-18-2/CGexturg201704-18-rp-3.pdf</p>
<p>2017 Asunción</p>	
<p>INE/CG05/2017. Resolución del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por la que se determina procedente la solicitud del Instituto Estatal Electoral de Nayarit, para el efecto que se ejerza la facultad de asunción respecto de la implementación y ejecución del Conteo Rápido de la Elección de Gobernador; Implementación y Operación del Programa de Resultados Electorales Preliminares; así como la designación de secretarios en los consejos municipales de esa entidad en el proceso electoral local ordinario 2017.</p>	<p>http://www.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-resoluciones/2017/01_Enero/CGex201701-13/CGex201701-13-rp-5.pdf</p>

Cabe destacar que el 7 de septiembre de 2016, el Consejo General aprobó el Reglamento de Elecciones, documento normativo que si bien no se emitió en ejercicio de alguna de las atribuciones especiales, en él se incorporaron todas las disposiciones que fueron emitidas en ejercicio de la facultad de atracción a través de las cuales se



DIRECCIÓN JURÍDICA
No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

Instituto Nacional Electoral

fijaron criterios de interpretación en asuntos de la competencia original de los Organismos Públicos Locales. Los criterios que se incluyeron fueron¹:

- a) Elaboración, desarrollo y publicidad del sistema de seguimiento al desarrollo de la jornada electoral;
- b) Registro de representantes de partidos políticos y candidatos independientes ante las mesas directivas de casilla y generales;
- c) Mecanismos de recolección de documentación de casillas electorales al término de la jornada electoral;
- d) Conteo, sellado y agrupamiento de boletas electorales; distribución de la documentación y materiales electorales a presidentes de mesas directivas de casilla y recepción de paquetes electorales en la sede de los consejos, al término de la jornada electoral;
- e) Realización del escrutinio y cómputo de los votos en las casillas;
- f) Realización de los cómputos municipales, distritales y de entidad federativa;
- g) Registro de coaliciones, y
- h) Designación de los consejeros electorales distritales y municipales, así como de los servidores públicos titulares de las áreas ejecutivas de dirección de los OPL.

ACUERDO	DISPONIBLE EN LA SIGUIENTE LIGA
2016 Reglamento de Elecciones	
INE/CG661/2016. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones del Instituto Nacional Electoral	http://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2016/09_Septiembre/CGex201609-07/CGex201609-7-ap-7.pdf

En este orden y por lo que respecta a la facultad de asunción total debe señalarse que la misma se ejerció en cumplimiento a lo mandatado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al dictar la sentencia SUP-JRC-678/2015 y su acumulado.

¹ En el punto de acuerdo **Tercero** del acuerdo por el que se aprobó el Reglamento de Elecciones se enlistan los acuerdos que fueron abrogados para ser incluidos en éste, por lo que se estima oportuna su consulta.

DIRECCIÓN JURÍDICA
No. de oficio.- INE/DJ/DNYC/SC/15003/2017

Ciudad de México, a 13 de junio de 2017

Asunto: Respuesta a solicitud UE/17/01478

ACUERDO/ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO GENERAL	DISPONIBLE EN LA SIGUIENTE LIGA
2015 Asunción total	
INE/CG902/2015. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se asume directamente y con lo que se inicia la realización de las actividades propias de la función electoral inherente a la elección extraordinaria de gobernador en el estado de Colima, en cumplimiento de la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación recaída al juicio de revisión constitucional electoral sup-jrc-678/2015 y su acumulado	http://www.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2015/10_Octubre/CGex201510-30/CGex201510-30_ap_1.pdf

Por último y respecto de la facultad de delegación, se precisa que al día de la fecha no se tienen registro que el Instituto haya ejercido dicha atribución especial.

La presente respuesta se brinda en términos de lo dispuesto en el artículo 29, del Reglamento del Instituto Nacional Electoral en Materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE



MTRA. ERIKA AGUILERA RAMÍREZ
DIRECTORA DE NORMATIVIDAD Y CONTRATOS

Revisó y Aprobó:	Aurora Fernández Urieta	
Elaboró:	Maricarmen Hernández Cruz	

ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Ramón Gil Carreón Gallegos¹

*“Un derecho no es algo que alguien te da;
es algo que nadie te puede quitar.”*

Ramsey Clark

Los derechos humanos en México tienen una génesis y una larga evolución que arranca desde el siglo XIX. Aunque se pueden encontrar importantes esfuerzos y contenidos normativos trascendentales, es hasta la Constitución liberal de 1857 que se puede distinguir al primer ordenamiento constitucional con un catálogo bien definido, con unidad conceptual y contextual de derechos humanos.

Si bien los derechos humanos entonces reconocidos estaban contextualizados por el liberalismo político y económico de la época y por lo tanto sólo se reconocieron los clásicos derechos de libertad y los derechos políticos, el contexto de inestabilidad política y las propias condiciones culturales y sociales de entonces hicieron de la Constitución liberal de entonces un instrumento virtuoso desde el punto de vista teórico, pero inaplicable en la realidad.

La Constitución mexicana vigente que formalmente tiene su origen en el ordenamiento constitucional de 1917, tiene como fuente material a la revolución mexicana de 1910. No obstante esto, la Constitución vigente de hecho y de derecho es un acta de reformas a la Constitución de 1857.

En todo caso, socialmente se identifica el origen de la Constitución vigente en el año de 1917, por lo que este año se cumple un centenario de su promulgación.

Al mes de junio de 2017, el texto constitucional mexicano ha tenido 703² lo que resulta paradójico pues en teoría es una Cons-

.....
1 Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España con mención Cum Laude. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Perfil PRODEP.

2 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm, consultado el 26 de junio de 2017.

titución rígida³. Se podría decir que es una Constitución rígida sumamente flexible pues aunque el procedimiento para su reforma sea agravado o complejo teóricamente hablando, lo cierto es que el número de reformas dan cuenta de lo habitual y ordinario que resulta realizar una modificación al texto constitucional⁴.

De hecho, se podría afirmar también que la Constitución promulgada en 1917 poco se parece al texto vigente, pues además del reformismo habitual que ha caracterizado a México, el texto constitucional ha aumentado de una manera desmesurada pues además se ha generado un evidente afán reglamentista para ubicar todo en la Constitución. El texto original de 1917 tenía aproximadamente 21 mil palabras, mientras que a la fecha tiene más de 66 mil⁵, lo que da cuenta de un crecimiento de más de tres veces su extensión, lo que sin duda es un factor importante para la comprensión y el conocimiento generalizado de la Constitución.

El 10 de junio del año 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional en materia de derechos humanos que tuvo grandes novedades y que ha sentado las bases para una forma de comprender y practicar a los derechos humanos en México.

Desde su agitado origen en el siglo XIX hasta la consolidación de un determinado concepto durante el siglo XX, los derechos fundamentales en México han dado cuenta de la complejidad del entorno social, político y cultural del país que va de la mano con la efectividad real de los derechos. La reforma de 2011 aunque no resolvió algunas inconsistencias teóricas que el texto constitucional mantiene, por otro lado sí representa un nuevo paradigma para los derechos fundamentales en México con una serie de cambios, de los cuales los más trascendentales son los siguientes.

3 Vid. Guastini, Riccardo, "Rígidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano", en *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 30, México, pp. 175 a 194.

4 En la teoría el procedimiento de reforma constitucional refleja una Constitución rígida. El artículo 135 del propio texto constitucional refiere que para que sea válida una reforma constitucional, debe ser aprobada por la mayoría calificada de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, además de la mayoría de los 32 Parlamentos de los Estados. Sobre la realidad y el procedimiento Vid. Carpizo McGregor, Jorge, "La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad.", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 131, México, mayo-agosto de 2011.

5 Fix-Fierro, Héctor Felipe, "¿Por qué se reforma tanto la Constitución mexicana de 1917? Hacia la renovación del texto y la cultura de la Constitución.", en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 4: Estudios Políticos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p.147.

1.- Los nuevos principios de interpretación de los derechos fundamentales.

La base central del nuevo paradigma de los derechos fundamentales en México reside en la redacción del artículo 1º de la Constitución que textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...⁶”

Con base en este precepto constitucional, en el sistema jurídico mexicano, la cláusula de interpretación se traduce en dilucidar las normas conforme al parámetro de constitucionalidad-convencionalidad en materia de derechos humanos, por ello, se dispone en este artículo que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; expansivamente, cuando se trate de normas que confieran derechos, y limitadamente, cuando se refieran a normas que establecen restricciones a los derechos o su suspensión extraordinaria⁷.

Con lo anterior se advierte que se han constitucionalizado los principios *pro homine* o *pro libertatis*, reconocidos en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que im-

6 Vid. En <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>, consultado el 16 de junio de 2017.

7 Montoya Zamora, Raúl, “Las nuevas pautas interpretativas en materia de derechos humanos.” *Revista Quid Iuris*, Año 6, Volumen 17, 2012, pp. 140 y ss.

plica que debe observarse en la actuación de todas las autoridades, que de acuerdo a lo previsto en el párrafo tercero del artículo en comento, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esta pauta interpretativa, se suma a las previstas en los párrafos tercero y cuarto del artículo catorce constitucional, y a los criterios de interpretación utilizados normalmente por los jueces mexicanos, tales como los criterios gramatical, sistemático y funcional⁸.

El principio de interpretación pro persona, establecido en el artículo primero constitucional, se dirige a todas las autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia, con la finalidad de que en los asuntos relacionados con derechos humanos, utilicen este criterio de interpretación, que resulta obligatorio teniendo en cuenta la jerarquía normativa de los derechos humanos.

Además, implica una labor de armonización entre la norma de derecho interno y la norma internacional, es decir, una interpretación de ambos ordenamientos, prefiriendo la aplicación de la norma que otorgue la más amplia protección a las personas, en base al aludido principio pro persona.

Como se ha precisado, el párrafo tercero del artículo primero constitucional, establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estos principios que el constituyente mexicano adopta e incorpora al texto constitucional habían sido ya proclamados en instrumentos como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en el año de 1993. Instrumento que ha servido de gran apoyo al cumplimiento y observancia de la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos. En dicha Declaración y Programa de Acción de Viena se establece en el punto 5 lo siguiente:

“5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe

8 *Idem.*

tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”⁹

Estos principios que hoy constituyen la pauta interpretativa de todas las autoridades mexicanas, han sido ya abordados por el Poder Judicial de la Federación, al definir sus alcances en criterios interpretativos como el sustentado por un Tribunal Colegiado de Circuito, identificado con la clave Tesis: I.4º.A.9 K(10ª.), mismo que se muestra a continuación:

“PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. El tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, entre otras cuestiones, que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la "Masacre de Mapiripán vs Colombia) ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre

9 http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf, consultado el 28 de junio de 2017.

el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) 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.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra.

16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude TronPetit. Secretaria: Aideé Pineda Núñez.”

Estos cuatro principios constitucionales de interpretación de los derechos humanos resultan torales para el nuevo paradigma de los derechos en México.

El **principio de universalidad** de los derechos humanos se concibe, bajo la perspectiva de que corresponden a todas las personas por igual. El común denominador es el ser humano, sin criterios de exclusión fundados en el género, la raza, el origen étnico, la nacionalidad o cualquier otra distinción. Dado que los derechos hu-

manos son exigencias éticas justificadas especialmente importantes, deben ser protegidas eficazmente a través del sistema jurídico. Tales características de justificación ética y especial relevancia, conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el sistema jurídico, de lo contrario no tendrían una eficaz garantía, por tanto, el reconocimiento de los derechos humanos como “exigencias éticas justificadas y especialmente importantes” es también lo que sostiene la idea de universalidad¹⁰.

Por lo que respecta al **principio de interdependencia**, estese traduce en la tesis de que los derechos humanos se encuentran interconectados unos con otros, es decir, dependen unos de otros, por lo que la satisfacción de un derecho, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que de esa manera se encuentran vinculados¹¹.

Los derechos humanos son interdependientes, en tanto que establecen relaciones recíprocas entre ellos, tal interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos, dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de otro grupo de derechos. En este sentido, el respeto, garantía, protección y promoción de un derecho tendrá impacto en los otros y/o viceversa¹².

Lo anterior implica, que necesariamente se respeten y protejan los derechos que se encuentran vinculados; de esa manera, si se quiere reconocer un derecho, se deben de garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano, lo que marca una orientación para las autoridades, que al proteger un derecho deben observar los efectos que se causan sobre otros, a la vez que se obliga, en la labor de promoción de los mismos, a mantener siempre una visión integral.

Por su parte, el **principio de indivisibilidad** se ha entendido bajo la premisa de que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y

10 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coordinadores), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 139.

11 Montoya Zamora, Raúl, “Las nuevas pautas interpretativas en materia de derechos humanos”. *op cit.* p. 148.

12 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *op. cit.* p. 152.

derivan de su dignidad. No se protegen o reconocen partes de los derechos humanos o un grupo de ellos, la visión, la comprensión y su eficacia es integral. En esta lógica, los derechos son indivisibles, ya que no pueden considerarse como elementos aislados o separados sino como un conjunto, ya que tal característica de indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre los mismos. El aspecto central de este criterio es que los Estados no están autorizados para proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia. Con base en esta idea, “la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos”.¹³

Los derechos humanos se encuentran unidos, ya no por razones de dependencia sino porque de una u otra forma los derechos forman una sola construcción. Así, tanto la realización como la violación de un derecho impactan en otros, más allá de si existe o no una relación de dependencia inmediata entre ellos. La idea central es que la realización de los derechos sólo puede alcanzarse mediante el cumplimiento conjunto de todos ellos.

Finalmente, el **principio de progresividad** se refiere a la obligación del Estado de procurar, por todos los medios posibles, la observancia de los derechos humanos en cada momento histórico, y la prohibición de cualquier retroceso en materia de los mismos.

El principio de que los derechos humanos deben alcanzarse progresivamente, significa que los gobiernos tienen la obligación inmediata de asegurar las condiciones que permitan gradual y constantemente la realización de estos derechos, por ser inherentes a la persona y no depender su existencia del reconocimiento de un Estado.

Por tanto, el principio de progresividad, radica en que el espacio que hayan ganado los derechos humanos y les haya sido reconocido por la ley, no puede ser revertido en lo sucesivo. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone de-

13 Blanc Altemir, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en AA.VV. *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Universitat de Lleida-Tecnos-ANUE, España, 2001, p. 31.

finir metas a corto, mediano y largo plazo, por ello el principio de progresividad patenta que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar¹⁴.

Es de tal la importancia este principio, que se obliga al Estado a actualizar su legislación en aras de dignificar la condición humana, adaptando la interpretación de las normas a la sensibilidad, pensamiento y necesidades de los nuevos tiempos, a fin de armonizarlas con el nuevo orden establecido y rechazar todo precepto anacrónico que se oponga a su efectiva vigencia¹⁵.

El principio de progresividad es inherente en todos los instrumentos que se refieran a derechos humanos a medida que se elaboran y amplían, la propia Constitución cuando otorga la máxima jerarquía normativa a los tratados y convenios suscritos por el Estado mexicano, conduce a una obligación del mismo Estado y de todas sus instituciones para observar y garantizar los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la apertura de la Constitución mexicana hacía los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y los alcances del principio pro persona que replantea el principio de jerarquía normativa en México, se ha configurado un nuevo bloque de constitucionalidad de los derechos humanos.

2. El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos

Hasta antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, el conjunto de derechos humanos con jerarquía constitucional, es decir, las garantías individuales, estaba delimitado tanto por la propia construcción doctrinal de las garantías individuales, así como por la interpretación jurisdiccional y la práctica de los operadores jurídicos que de ellas se realizaba. En ese tenor, como se mencionó en líneas anteriores, las garantías individuales eran en principio las contenidas en el Capítulo I del Título I de la Constitución, además de aquellas que estando fuera de dicho Capítulo pero dentro del texto constitucional, suponían una explicación o ampliación de aquellas.

14 Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *op. cit.*, p. 159.

15 Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith, “El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente”, *Revista Provincia*, 2005, p. 432.

A partir de la mencionada reforma constitucional de 2011, de las nuevas construcciones doctrinales y jurisdiccionales sobre los derechos humanos en México, la noción de “bloque de constitucionalidad” ha tenido un importante desarrollo académico y jurisdiccional¹⁶.

Debe puntualizarse que el término de bloque de constitucionalidad no es unívoco pues a veces se le suele utilizar como un parámetro o canon a partir del cual se realiza una suerte de test de constitucionalidad, es decir, la correspondencia con normas de carácter constitucional, mientras que en otras, se la utiliza como conjunto de normas que pertenecen a una categoría y jerarquía constitucional. De hecho, en el plano descriptivo, la expresión *bloque de constitucionalidad* y *parámetro de constitucionalidad* suele utilizarse como términos intercambiables¹⁷.

Sin embargo, cada categoría se refiere a una realidad distinta, por una parte, *parámetro de constitucionalidad* “...describe el referente normativo a partir del cual se lleva a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad de las disposiciones jurídicas y de los actos de los poderes públicos (...) representa la agregación eventual de derechos fundamentales adscritos al bloque de constitucionalidad (...) que (...) se erigen como criterio o canon de enjuiciamiento para la resolución judicial de controversias de contenido constitucional”¹⁸

Por otro lado, en el contexto mexicano, el “...*bloque de constitucionalidad* representa la unidad inescindible y permanente de derechos fundamentales de fuente constitucional e internacional reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano, caracterizados por estar elevados al máximo rango normativo y, como consecuencia, compartir el mismo valor constitucional, sin que ninguno de ellos tenga una preeminencia formal sobre los otros.”¹⁹. Aun y cuando la categoría de bloque de constitucionalidad no tenga un significado unívoco o generalmente aceptado, se puede sostener que en el caso mexicano, cuando se utiliza esa expresión, se alude a un conjunto de normas con una jerarquía constitucional, que no se refiere únicamente a las normas

16 Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en AA.VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen I.* UNAM, México, 2015, p.117.

17 *Ibidem*, p. 119.

18 *Ibidem*, pp. 120 y ss.

19 *Idem*.

ubicadas dentro del texto constitucional, sino además, a aquellos valores y principios que no están dentro de la Constitución pero a los cuales ella misma remite²⁰.

A partir de la reforma de 2011 cambió drásticamente la forma en que son concebidos los derechos humanos en México, en cuanto conjunto de normas jurídicas pertenecientes a una determinada categoría. Antes de junio de 2011 los derechos humanos o garantías individuales tenían una delimitación como conjunto de normas jurídicas dentro de la Constitución, mientras que después de junio de 2011, el conjunto de derechos humanos con jerarquía constitucional se integra además con normas, principios y valores que están materialmente fuera del texto constitucional mexicano.

Teniendo en cuenta este escenario de supremacía constitucional de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales celebrados por México y, la obligatoriedad de sus contenidos y teniendo en cuenta además el contexto la pertenencia del país al sistema interamericano de derechos humanos, el sistema de control de la constitucionalidad en México dejó de ser semi concentrado para dar paso a un sistema de control de la constitucionalidad difuso. De tal suerte, resulta necesario dar cuenta de las particularidades de ese nuevo modelo.

3. El nuevo paradigma de control de constitucionalidad y convencionalidad de los derechos

La reforma constitucional de 2011 abrió el sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional incorporando los tratados internacionales al derecho interno con rango constitucional, pero también reconociendo el derecho derivado de los propios tratados y de la jurisprudencia de las instancias internacionales que han sido

20 AA.VV., *Bloque de constitucionalidad en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2013, p.17. Como se refiere en esta misma obra, Cabo de la Vega analiza cuatro sentidos de la categoría bloque de constitucionalidad, algunas de las cuales se refieren al bloque de constitucionalidad como una suerte de canon o parámetro, como se vio anteriormente, a partir del cual se realiza un test de correspondencia con normas de carácter constitucional. *Vid.* Cabo de la Vega, Antonio, “Nota sobre el bloque de constitucionalidad” en *Jueces para la democracia*, No. 24, Madrid, 1995, pp. 58 y ss. También sobre el diversos usos semánticos tanto en la jurisprudencia como en la doctrina comparada *Vid.* Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 27, España, Septiembre-Diciembre 1989, pp. 9 y ss.

reconocidas por el Estado mexicano, es en este momento cuando adquiere un nuevo significado el control de constitucionalidad y surge la importancia del control de convencionalidad²¹.

Hoy en día la supremacía constitucional no se reduce a ser conceptualizada solamente como una norma jurídica suprema, sino que, ampliando su esencia en un sentido abstracto, incorpora elementos de naturaleza y procedencia distinta, creando así un verdadero bloque, en el cual, los derechos humanos son totalmente prioritarios²².

En esas condiciones, se puede aseverar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, toda vez que para garantizar la protección de los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido mediante criterio jurisprudencial que debe acudir a la norma más favorable a la persona, sin que resulte relevante si dicha norma pertenece al sistema jurídico interno o al internacional²³.

Es en el contexto de esa apertura en el que adquiere significado e importancia el control de convencionalidad, al ser la consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente, lo que trae consigo adaptaciones normativas, implementación de políticas públicas y lo más relevante la actuación de los jueces al resolver.

A partir de la entrada en vigor de las reformas constituciones, se impone la obligación a todas la autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad²⁴.

21 Carbonell, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, México, UNAM, 2013, p. 67.

22 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A. C., 2002, p. 1580.

23 Tesis 5o. J/8, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo II, marzo de 2014. p. 1360. Por otro lado, el citado artículo 133 establece el principio de jerarquía normativa del sistema jurídico mexicano; textualmente refiere: "*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.*"

24 Montoya Zamora, Raúl "El Estado Mexicano en tránsito hacia el Estado constitucional y Convencional de Derecho". *Revista Lex*. México. marzo, 2013, p. 213

Esto significa que los jueces deberán desarrollar una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales, lo que puede conducir, en un caso extremo, a que un juez no aplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.

Para dimensionar la importancia actual del control de convencionalidad en México, es muy importante tener presente que dicho control surge como un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el mes de marzo de 1981, México es parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado interamericano que define ampliamente los derechos humanos y las correlativas obligaciones de los Estados Parte, y que institucionaliza y articula el funcionamiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de esta Convención deriva el estándar de “control de convencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por los propios Estados mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida como el organismo judicial interamericano con competencia para interpretar y aplicar dicha Convención y los demás tratados interamericanos en los que los propios Estados le confieran competencia. En este punto es importante precisar que para que un Estado pueda ser demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se requiere, que dicho Estado expresamente le haya conferido competencia contenciosa a la Corte; México confirió dicha competencia en el año de 1998²⁵.

El artículo 1.1 de la Convención Americana²⁶ obliga a los Estados Parte a respetar y garantizar, sin discriminación alguna, el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades contenidos en ella. En ese sentido, desde la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez respecto del Estado de Honduras, el Tribunal ha afirmado que, con-

25 Fajardo Morales, Zamir Andres, *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*, En http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformas-constitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf, consultado el 12 de junio de 2017.

26 El artículo 1.1 de la Convención establece que “*los Estados Partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

forme al artículo 1.1, “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”²⁷.

Las obligaciones de respeto y garantía derivadas del artículo 1.1 se complementan con el contenido del artículo 2 de la Convención, el cual alude al deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. Este artículo 2 no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la Convención, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta.

A partir de los deberes generales establecidos en los artículos 1.1 y 2, los Estados Parte están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención. Una importante herramienta para colaborar a dicho fin es el mencionado “control de convencionalidad”, pues éste puede en mucho contribuir a asegurar que la Convención Americana genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes²⁸.

El control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente emitido por el jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. García Ramírez manifiesta:

“...Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 164 a 177. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, consultado el 12 de junio de 2017.

28 Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párr. 45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2007. Serie C No. 174. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_174_esp.pdf, consultado el 12 de junio de 2017.

de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”²⁹

Con motivo de dicho voto, el propio García Ramírez, sostuvo que los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del Estado, se hallan igualmente comprometidos por el derecho internacional de los derechos humanos, de donde resulta un cimientamiento del control interno de convencionalidad, lo cual señala que no riñe con la posibilidad, conveniencia y necesidad de que ese control se ejerza en forma ordenada y armoniosa, para el mejor servicio a los fines que pretende alcanzar, y se extiende tanto a las jurisdicciones del Estado federal, en su caso, como a las de los Estados federados o provincias³⁰. En otro caso, García Ramírez enfatizó sobre el tema en su voto concurrente razonado, emitido en la sentencia del caso *Tibi vs. Ecuador*, el 7 de septiembre de 2004, en el párrafo tercero. En ese voto García Ramírez sostiene que la tarea de la Corte Interamericana

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención

29 *Vid.* Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, consultado en 15 de junio de 2017.

30 *Vid.* El control judicial interno de convencionalidad, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, Año No. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 140 y ss.

fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía³¹.

El anterior sustento teórico-argumentativo quedó consolidado con las resoluciones del mismo órgano jurisdiccional en los casos “Almonacid Arellano”³², “Trabajadores cesados del Congreso”³³ y “Radilla Pacheco”³⁴, con los que la Corte transitó a un modelo de control difuso de la convencionalidad³⁵.

En estos casos, la Corte Interamericana de derechos humanos da una nueva valoración a la Convención Americana, estableciendo de manera consuetudinaria que los jueces de los Estados Parte de dicho instrumento internacional, deben tener un papel activo en la interpretación normativa de los derechos consagrados en la Convención, es decir, inaplicar aquellas normas locales opuestas a la Convención Americana y las disposiciones jurisprudenciales de la propia Corte.

A lo largo de su desarrollo jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido precisando el contenido y alcances del control de convencionalidad, ejemplo de ello, lo que respecta a los sujetos que deben realizarlo.

Las líneas jurisprudenciales respectivas han atravesado al menos cuatro etapas, muy bien sintetizadas por Víctor Bazán³⁶. En la pri-

31 GARCÍA RAMÍREZ, S., “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de Jurisprudencia”, en *AA.VV. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Volumen I, UNAM, México, 2006, p. LXV.

32 *Vid.* Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf, consultado el 15 de junio de 2017.

33 *Vid.* Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, *op. cit.*

34 *Vid.* Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. *op. cit.*

35 El control difuso de la convencionalidad ha sido reafirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos como: “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006; “Fermín Ramírez y Raxacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia de fecha 28 de marzo de 2008; “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de 12 de agosto de 2008; “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, sentencia de fecha 26 de mayo de 2010; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, sentencia de 24 de agosto de 2010; “Fernández Ortega y otros vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de 30 de agosto de 2010; “Ibsen Cárdenas y otros vs. Bolivia”, sentencia de 1 de septiembre de 2010; “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia de 23 de noviembre de 2010; “Gomes Lund vs. Brasil”, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2010; y “Cabrera García-Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010.

36 Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), México, Fundap, 2012, p. 18.

mera etapa la Corte refiere que el sujeto que debe llevar a cabo el control de convencionalidad es el “Poder Judicial” (caso Almonacid Arellano); en un segundo momento la Corte señala a “Órganos del Poder Judicial” (caso Trabajadores Cesados del Congreso); en un tercer desarrollo ya se habla de “Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso Cabrera García y Montiel Flores); y finalmente se establece que el control de convencionalidad recae en “cualquier autoridad pública y no solamente el Poder Judicial” (caso Gelman contra Uruguay)³⁷.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, estableció su postura sobre el control de convencionalidad en la resolución del expediente “Varios 912/2010”, el cual deriva de la consulta que el presidente de la Corte somete a consideración de los integrantes del Tribunal Pleno de la propia Corte, para efecto de la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra México. En ella se observaron pronunciamientos interesantes realizados por la Suprema Corte y contenidos en distintas tesis jurisprudenciales.

En el primero de ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivadas de casos en los que México haya sido parte, son obligatorias “en sus términos”. Ya que la sentencia se refiere a una “cosa juzgada” que debe ser simplemente aplicada. Lo anterior quedó claramente establecido mediante la tesis 65/2011 del Tribunal Pleno.

Por otra parte, respecto de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hayan derivado de asuntos en los que México no sea parte, la Suprema Corte señala que tienen un carácter “orientador” siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1º de la Constitución federal. Lo anterior corresponde a la tesis 66/2011 del Pleno.

Como tercer pronunciamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo que el control de convencionalidad corresponde a todos los jueces, con ello se dio un paso fundamental para determinar que no solo corresponde a los jueces federales ejercer funciones

.....
 37 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), Porrúa-UNAM, México, 2012, p. 376.

de control de regularidad jurídica, a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. Con lo anterior, México transitó de un modelo de control de constitucionalidad que podríamos llamar semiconcentrado, a un modelo de mayor complejidad en el que se suma el control de convencionalidad y se amplía hacia todos los jueces, es decir, un sistema difuso de control de convencionalidad. Sin embargo, con el nuevo modelo de control de regularidad, que deriva de lo que llevamos dicho y en particular de la obligación difusa de ejercer control de convencionalidad, genera una cierta complejidad que ha precisado el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la siguiente tesis jurisprudencial³⁸ que establece:

“Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. 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. Es 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 Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.”

.....
 38 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, t. 1, tesis P. LXX/2011 (9a.), p. 557. Véase el análisis de esta tesis y sus consecuencias que hace Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, Cuestiones Constitucionales, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 32 y ss.

Con lo anterior, se da cuenta que a través del ejercicio del control difuso de convencionalidad se protegen y se garantizan los derechos humanos frente a las autoridades, y se da cumplimiento a las obligaciones generales de prevención, investigación, sanción y reparación de derechos humanos, que derivan de la Convención Americana.

Ha sido gracias a las determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se ha establecido claramente la obligación de los jueces en México de realizar el control difuso de convencionalidad, pues a través de las mismas se busca la protección más amplia e integral de la persona, delimitando el nuevo perfil del juzgador, quien debe ser guardián no solo de los derechos humanos contenidos en la Constitución, sino también en los tratados internacionales.

Esta nueva forma de concebir y de practicar a los derechos fundamentales en México representa un gran avance para la sociedad mexicana, pues supone un nuevo replanteamiento de los derechos con las autoridades del país. El llamado bloque de constitucionalidad de los derechos humanos en México es el nuevo referente normativo para todos los jueces y autoridades y, si bien falta aún mucho para consolidar a los derechos humanos en la vida cotidiana de las personas, no menos cierto es que la reforma y el nuevo modelo de protección que se ha configurado a partir de ella, suponen un claro avance.

Ciertamente la efectividad real de los derechos humanos no sólo depende de configurar un determinado modelo constitucional de derechos humanos, más aún donde la incultura de legalidad y de apego a la Constitución son una constante, sin embargo, aquel constituye una base para generar un cambio cultural que gradualmente puede influir en una cultura de apego a la Constitución y de respeto a los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Bloque de constitucionalidad en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México 2013.
- Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en AA.VV., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1.*” UNAM, México, 2015.

- Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), México, Fundap, 2012.
- Blanc Altemir, Antonio, “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en AA.VV. *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Universitat de Lleida-Tecnos-ANUE, España, 2001.
- Cabo de la Vega, Antonio, “Nota sobre el bloque de constitucionalidad” en *Jueces para la democracia*, No. 24, Madrid, 1995.
- Carbonell, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013.
- Carpizo McGregor, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad.”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 131, México, mayo-agosto de 2011.
- Guastini, Riccardo, “Rígidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, en *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, número 30, México.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A. C., 2002.
- “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), Porrúa-UNAM, México, 2012
- Fix-Fierro, Héctor Felipe, “¿Por qué se reforma tanto la Constitución mexicana de 1917? Hacia la renovación del texto y la cultura de la Constitución.”, en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 4: Estudios Políticos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- Montoya Zamora, Raúl, “Las nuevas pautas interpretativas en materia de derechos humanos.” *Revista Quid Iuris*, Año 6, Volumen 17, 2012.
- “El Estado Mexicano en tránsito hacia el Estado constitucional y Convencional de Derecho”. *Revista Lex*. México. marzo, 2013
- Picard de Orsini, Marie y Useche, Judith, “El principio de progresividad y la actuación de los órganos del Poder Público conforme a la Constitución vigente”, *Revista Provincia*, 2005.
- Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, No. 27, España, Septiembre-Diciembre 1989.
- Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coordinadores), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

ACTUALIDAD DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO

Ernesto Galindo Sifuentes¹

I. NOTA INTRODUCTORIA

En el derecho procesal mercantil una de las instituciones de reciente creación y que tanto representan un tema de actualidad son los juicios orales mercantiles, sin embargo su implementación no ha sido sencilla, ya que representa para los operadores (jueces y abogados) todo un reto al tener que transitar de un sistema escrito a uno con tendencia a la oralidad, el cambio no ha sido fácil, y es que enfrentar un juicio oralmente no es sencillo, pues supone desarrollar nuevas habilidades tanto para la forma de comunicarse como para la manera de argumentar de manera hablada, además esta reforma conlleva la utilización de medios alternativos de solución de controversias como son la mediación, la conciliación y la negociación, además de destrezas de litigación oral para interrogar y contrainterrogar a los testigos y peritos, y sobre todo un buen nivel de manejo de discurso oral, para manejarse tanto en las audiencias como en la formulación de alegatos. En seguida abordaremos el tema de los juicios orales mercantiles para conocer sus características, sus principios, las cualidades que deben tener los jueces y abogados para tener un mejor desempeño, comentaremos algunas experiencias recogidas por la Red nacional de Jueces de lo oral mercantil, así como repasaremos brevemente las fases postulatoria, preliminar y de juicio oral para llegar a unas conclusiones.

II. ASPECTOS GENERALES DE LOS JUICIOS ORALES MERCANTILES

1. El juez como rector de procedimiento

En el procedimiento oral mercantil se pretende que los jueces de oralidad tengan amplias facultades de tal suerte que sean los rectores de procedimiento, para que la continuidad y duración del procedimiento no quede al capricho o al interés de las partes, de tal suerte

.....
1 Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango

que incluso con autoridad para impulsar el procedimiento y precluir derechos de las partes que puedan obstaculizar la celeridad y prontitud con que debe resolverse. En seguida veremos cuáles son:

- *Función de dirección*, al juez de oralidad le compete la facultad de director del procedimiento ello para que en las audiencias se respeten los principios del proceso oral y permita que las partes en igualdad de circunstancias puedan hacer valer sus derechos, además teniendo el juez la dirección de proceso será garantía de que se decida en forma pronta y expedita art. 1390 bis 4 y 1390 bis 38 del Código de Comercio (en adelante CC).
- *Función de moderador*, esto con la finalidad de que el juez de oralidad mercantil pueda limitar el tiempo de intervención de las partes, porque desafortunadamente la oralidad pueda ocasionar que las partes por medio de sus abogados abusen de las intervenciones y hace que las audiencias sean interminables afectando con ello los principios de concentración y continuidad pero sobre todo afectando a la prontitud con que debe impartirse la justicia,
- *Función de mediador y conciliador*, uno de los principales novedades del juicio oral mercantil es incluir en la etapa preliminar o de preparación de juicio oral la mediación y la conciliación, lo que significa un real cambio de paradigmas en donde el juez tendrá que hacer frente a los retos de este nuevo sistema de impartir justicia y cambiar y prepararse para que no solo decida los casos sino que además busque una solución con la cual terminará el conflicto, ello supone que además de tener el proceso como objetivo llegar a la verdad ahora tenga también el de solucionar el conflicto por medio de instrumentos como la conciliación y la mediación, lo cual no es sencillo porque requiere una preparación en técnicas de conciliación y mediación, para que en un caso sea el juez el que proponga soluciones a las peticiones de las partes y en otro facilite a las partes las vías para que de ellas salgan las propuestas de solución; es importante cuidar que con esta herramientas y su aplicación no se comprometa la discrecionalidad de los jueces para juzgar o peor que el juez no prejuzgue y por ello les imponga una solución a las partes.
- *Función sancionadora*, a fin de garantizar que las partes cumplan con las determinaciones de los jueces de oralidad pueden im-

poner sanciones, como medidas de apremio y hacer uso de la fuerza pública, para ello se dan facultades para que imponga medidas como multas, arrestos, entre otros, pero siempre fundando y motivando con razones justificadoras el porqué de la medida, exponiendo razones fácticas y jurídicas que garanticen que las medidas impuestas son idóneas, necesarias, adecuadas y proporcionales con el fin que se pretende alcanzar, ello en una relación entre el medio o la media impuesta y el fin que se pretende obtener. Artículo (en adelante Art., Arts.) 1390 bis 23 CC.

- *Función inquisitiva*, el juez como rector del procedimiento tendrá la autoridad para revisar que se cumpla con el principio de legalidad en el procedimiento, y así por ejemplo podrá examinar la legitimación tanto de la parte actora como de la demandada, y revisar si la persona está legitimada *ad procesum*, ya por sí o por sus representantes legales y analizar que los poderes cumplan con los requisitos que señala el Código Civil; también el juez podrá activar el procedimiento para que no dependa de promociones de las partes la actividad procesal, esto para garantizar la celeridad del procedimiento.

2. *Procedencia*

Se tramitarán en la vía oral mercantil todas las contiendas sin limitación de cuantía, y aunque al inicio de la reforma procesal solo se refería a los juicios ordinarios y por cuantía determinada, se prevé que para el año 2010 todos los juicios mercantiles serán orales incluyendo los ejecutivos, independientemente de su cuantía. 1390 Bis, y 1390 Ter 4 C.C.

3. *Principios que rigen el juicio oral*

A. *Principio de oralidad*

La oralidad es condición necesaria para los principios de contradicción, publicidad e intermediación, porque sin ella las partes no podrían contradecir las peticiones, las pruebas, los fundamentos y los argumentos de la contraria en un ejercicio dialéctico en donde por medio de argumentos y contraargumentos las partes puedan demostrar y justificar sus pretensiones, también sin la oralidad no podría ser posible la publicidad de las decisiones tomadas por el juez durante las audiencias preliminar y del juicio oral, no permitiendo con ello que las partes o los asistentes a la audiencia puedan contro-

lar la decisión del juez; así mismo sin la oralidad la inmediatez no sería posible ni efectiva, puesto que por el hecho de que los sujetos puedan acceder al juez directamente sin que haya el secretario de por medio, se asegura que sean escuchadas y que sus pretensiones se respondan inmediatamente.

El principio de oralidad garantiza que la comunicación oral transmita sentimientos y emociones que la escritura no puede, pues es por medio del lenguaje corporal o los componentes de la comunicación no verbal como la kinesia, la proxémica y la paralingüística proporcionan importantísima información para que el juez pueda interpretar adecuadamente los gestos y los movimientos corporales de las partes o los testigos y así contrastar lo que están diciendo con lo que está expresando su cuerpo; también el lenguaje oral es emotivo pues al ir acompañado de gestos y ademanes le dan énfasis a las expresiones de las partes.

Este principio asegura que los sujetos procesales comuniquen por la palabra hablada diferentes momentos y situaciones procesales como son:

- Sus peticiones en relación a la etapa procesal y que se encuentran, por ejemplo, una aclaración o una solicitud, así como también las objeciones que puedan referirse tanto a las pruebas, documentos, preguntas o repreguntas a los testigos.
- Los testigos declaren de viva voz, aunque esto no es ninguna novedad porque en cualquier sistema procesal la declaración testimonial será en audiencia y precisamente de viva voz.
- Los peritos expliquen sus dictámenes, aquí es importante que los peritos no se limiten a 'presentar por escrito sus dictámenes sino que tienen la obligación de acudir a la audiencia de juicio oral para ser interrogados por las partes y hacer las aclaraciones y explicaciones correspondientes y con ello asegurar que el peritaje puede generar convicción en el juez y ver si resiste o no resiste a las objeciones de las partes.
- En los alegatos las partes hacen un resumen de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos por medio de un discurso dirigido al juez con la finalidad de convencer y persuadir de que les asiste la razón, por lo que es una importante y útil oportunidad para hacer valer sus derechos, y que sin la oralidad el discurso no sería tan efectivo, pues es más difícil sintetizar una

idea en un escrito de alegatos, por lo que los abogados nunca deben desaprovechar esta valiosa oportunidad que tienen para influir en el juez, y mucho menos es recomendable que lleven el alegato escrito y que allí lo lean que será aun más perjudicial para ellos y desaprovecharían las ventajas de la oralidad en un ejercicio que por estar más ocupados en leer el escrito no captan las impresiones y gestos del juez como sería si fuera oral.

- La oralidad también garantiza que los jueces resuelvan de manera fundada y motivada los incidentes que se presenten durante el juicio, esto nos da la pauta para un tema que más adelante desarrollaremos como lo es la motivación oral de la sentencia, la cual es una garantía fundamental que se traduce en la obligación que tienen los jueces de justificar sus decisiones y no porque sea oral dejara de cumplir con el requisito de fundamentación y motivación, esto es el juez por la palabra hablada aunque sea de manera breve tiene que justificar con razones fácticas y jurídicas el porqué de su decisión y dar respuesta a las peticiones de las partes, es común que en la oralidad los jueces se acostumbran a tomar decisiones y resolver de manera instantánea en las audiencias.

B. *Principio de publicidad*

La publicidad como principio se manifiesta de dos maneras:

- o La publicidad *inter partes*, libre acceso que deben tener las partes en el juicio, esto es ninguna diligencia o audiencia se puede llevar de manera privada o sin la presencia de una de las partes, porque sería además romper con el principio de igualdad procesal.
- o Publicidad *erga omnes*, publicidad general, el libre acceso de terceros a los actos que se desarrollan oralmente, con base a este principio se permite a cualquier persona el acceso a la sala de audiencia a fin de que puedan estar presentes en las audiencias tanto en la preliminar como en la de juicio oral y con ello presenciar cómo se imparte justicia.

Este principio constituye un instrumento de control popular sobre los jueces, pues la asistencia del público a los actos procesales limita la arbitrariedad, ya que el juez deberá tomar las decisiones en relación a las peticiones de las partes en forma instantánea e inmediata,

pero exponiendo las razones fácticas y jurídicas que justifiquen su decisión, ya que no es lo mismo hacerlo en forma privada y por escrito que exponerla públicamente ante las partes y ante el público que asista a las audiencias.

a. *Excepciones del principio de publicidad*

A pesar de que el Estado debe efectuar un juzgamiento transparente, en ocasiones esto no es posible porque de hacerlo se afectarían intereses superiores como enseguida veremos.

La publicidad consiste en la libertad del público de presenciar el desarrollo del juicio y formarse un criterio propio sobre la manera en que se administra justicia y la calidad de las sentencias, este principio tiene las siguientes excepciones:

- Restricción de acceso a los medios de comunicación cuando se afecta el derecho a la intimidad, ya porque se trate de asuntos que por su naturaleza puedan traer consecuencias a los interesados, o porque los derechos en cuanto a la intimidad estén protegidos por las leyes, como es el caso de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, que protege los datos sensibles y la información personal.
- Cuando se afecte el orden público, esto por proteger a los sujetos procesales como sería el supuesto de los testigos protegidos que por la naturaleza y riesgo que corren en sus declaraciones en donde pudiera poner en riesgo su vida, la audiencia se lleva a cabo tomando las respectivas providencias para que no se conozcan la identidad de los testigos.
- Cuando se trate de datos legalmente protegidos, ya porque las partes así lo exigen, o porque en el momento de la audiencia el actor o el demandado no dan su autorización para que se dé a conocer su nombre ni que se tomen fotografías de su rostro.

D. *Principio de igualdad*

Este principio es fundamental en la oralidad y publicidad, pues no se respetaría el debido proceso al permitir que las partes litiguen en situaciones de desigualdad, por lo tanto con base a este el juez debe vigilar que las partes tengan igualdad de armas y oportunidades, lo que significa:

- Igualdad para interrogar y objetar las preguntas y repreguntas que se hagan a los testigos y peritos,
- El principio de la igualdad se ponen de manifiesto también al momento de nombrar peritos,
- La igualdad también se aprecia al momento de alegar y hacer manifestaciones,

Con base al igualdad procesal el juez debe darles el mismo valor ex-ante las pruebas de las partes, y sólo hasta el momento de la valoración de las pruebas es cuando podrá discriminar unas de otras y conceder diferente valor a cada prueba y así tener por acreditados los hechos sostenidos por las partes en sus respectivos escritos de demanda contestación, o reconvencción.

El juez conoce el caso de ambas partes en la misma oportunidad, por medio de sus promociones y evitara tener reuniones privadas con una de las partes pues de hacerlo se podrá romper con este principio, al no estar presente la otra parte y poder opinar o sostener su postura.

Este principio legitima la democracia de la justicia, porque permite que las partes en igualdad de circunstancias tengan acceso a ella, teniendo los mismos derechos para alegar, probar y recurrir.

E. Principio de inmediación

Con base a este principio el juzgador tiene conocimiento personal del material probatorio, puesto que las pruebas se desahogan ante el mismo, de tal suerte que el juez de oralidad escucha los testigos y peritos directamente, lo que le permite irse convenciendo durante las audiencias de quien tiene la razón y así ir preparando la decisión que luego habrá de expresar en la sentencia definitiva.

La oralidad y la inmediación están íntimamente relacionados, pues es a partir de esta como las partes expresan sus argumentos y comunican los hechos inmediata y directamente ante el juez garantizando así que se reciba información de calidad, lo que de otra manera no se lograría pues en un sistema predominantemente escrito el juez juzga, o resuelve al momento de dictar la sentencia en base a las constancias escritas como son, las actas de las audiencias de desahogo de pruebas, que en muchas ocasiones no reflejan importantes hechos, como son, el lenguaje corporal de los testigos y peritos, que no en pocas ocasiones refleja el comportamiento de los

sujetos y permite controlar si dicen la verdad por medio de estados de nerviosismo y estrés que le permite al juez tomar en cuenta al momento de valorar sus testimonios y así motivar mejor la sentencia en la *quastio facti*.

Este principio como de los más importantes en los sistemas procesales orales tiene tres manifestaciones básicas:

- Inmediación probatoria,
- Inmediación alegatoria,
- Inmediación decisoria

F. Principio de contradicción

Este principio le derecho a las partes para poder refutar, objetar y contestar los hechos y los fundamentos de la contraparte mediante un debate institucionalizados en el que de acuerdo a los tiempos y los momentos procesales oportunos puedan discutir sus pretensiones ante el juez, y así la contradicción permite el control horizontal de los diferentes momentos procesales, pues las partes pueden contradecir:

- Las peticiones, actuaciones y preguntas de la contraparte, para que así se dé cumplimiento a lo que establece el Código de Comercio, evitando solicitudes improcedentes o carentes de fundamento legal, independientemente de la facultad que tiene el juez como rector del procedimiento para desechar peticiones notoriamente improcedentes.
- También las partes pueden contradecir las pruebas tanto en el ofrecimiento como en el deshago, para restar credibilidad a las pruebas ofrecidas por la contraparte o para acreditar versiones alternativas, y para ello existen los medios procesales como son el concontrainterrogatorio para los testigos y peritos, las objeciones a las preguntas al fin de evitar preguntas no permitidas, así como la objeción e impugnación de falsedad de documentos para controlar su legalidad.
- De manera particular la contradicción se manifiesta como el derecho a contraexaminar a testigos y peritos de la contraparte, a fin de controlar sus declaraciones ya sea por alguna situación personal que no dijeron, y que le resta credibilidad, o por el contenido de su relato que pueden presentar contradicciones e inconsistencias, y que por medio de preguntas sugestivas poder evidenciarlos.

- Así mismo las partes podrán refutar los alegatos en la etapa de conclusión, para que así el discurso pronunciado por los abogados sea veraz y objetivo, de tal suerte que si alguna de las partes hace referencia a situaciones de prueba que no se desahogaron durante la etapa probatoria con base al derecho de contradicción la contraparte podrá hacerlo valer al juez, por otro lado si a una de las partes invoca en su alegato fundamentos de derecho que no son aplicables al caso, esta es la oportunidad para hacerlo valer al juez, en resumen es a partir de la argumentación y la contraargumentación como se llega a la verdad.

El principio de contradicción asegura que se fije la *litis* en un proceso con base a los puntos cuestionados, sin embargo tiene como excepciones:

- Los acuerdos sobre hechos no controvertidos, que es el derecho que tienen las partes para que durante la audiencia preliminar realicen convenios sobre hechos que posteriormente no podrán contradecir en juicio, sin embargo esos acuerdos no afecta a su posición con respecto a la *litis* ni a sus pretensiones.
- Los acuerdos probatorios, que son convenios a que llegan las partes con relación a las pruebas, ya sea para que ciertos hechos se tengan por probados o bien para que determinadas pruebas no sea necesario su desahogo y por lo tanto no sean sujetos a debate probatorio.

La contradicción representa ventajas no solo para las partes sino también para el juez pues permite:

- Producir mayor información y de mejor calidad, puesto que proviene de órganos de prueba como testigos y peritos que han sido sometidos a interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones, de tal manera, que si dichos órganos resisten estos controles el juez recibe solo información relevante.
- Las pruebas tienen mejor calidad, pues solo convence aquellas que pueden resistir a las objeciones de las partes, y así por ejemplo si se trata de documentos a partir de las impugnaciones se lograra controlar que cumple con los requisitos de legalidad.

- El juez se forma un mejor juicio después de escuchar a las partes contradecirse en un ejercicio dialectico, porque a partir de escuchar argumentos y contraargumentos el juez hará suyos aquellas que sean más fuertes y que hayan resistido el debate.

G. Principio de continuidad

Se basa este principio en que el debate no sea interrumpido y la audiencia se desarrolle de manera continua, garantizando así que la justicia sea pronta y expedita, porque un proceso que este sujeto a diligencias prolongadas e interrumpidas se traducirá en juicios largos y cansados tanto para las partes como para el juez y de allí surge la apotegma justicia retardada es justicia denegada.

Este principio asegura que la recepción y desahogo de la prueba se hará en audiencia, publica de manera:

- *Continua*, para que las declaraciones de los testigos se reciban en una sola audiencia, dependiendo de la naturaleza y del numero de testigos y peritos.
- *Sucesiva*, para que inmediatamente después que declare un perito se continúe con la declaración de otro testigo para que a un ritmo adecuado se logre concluir la etapa probatoria en el menos tiempo posible.
- *Secuencial*, relativas tanto a las preguntas como repreguntas que permitan el desahogo de pruebas de manera pronta y expedita y así desahogar las pruebas en el menor número de audiencias

H. Principio de concentración

El principio de concentración supone que en una sola audiencia se debe sintetizar todos los actos procesales y así por ejemplo:

- En la audiencia preliminar que tiene por objetivo la depuración de procedimiento, se deben llevar a cabo la resolución de las excepciones procesales, los acuerdos probatorios, los acuerdos sobre hechos no controvertidos, la conciliación y mediación, así como la calificación de pruebas, pues sería muy complicado y se retardaría el procedimiento si cada una de estas fases se llevara en diferentes audiencias, por lo tanto este principio privilegia la acumulación de los actos procesales en una sola audiencia.

- En la audiencia de juicio oral se han de realizar de manera concentrada el desahogo de pruebas, alegatos y citación para sentencia, y no obstante que el juez fija fecha posterior para la exposición y entrega de la sentencia se entiende que es la misma audiencia de juicio oral en que se deben llevar a cabo todos estos momentos procesales, esto es lo que por ejemplo en el juicio ejecutivo y ordinario mercantil se lleva a cabo en diferentes momentos como son la etapa de pruebas, la etapa de alegatos y la etapa de sentencia, en el juicio oral se concentra en una sola audiencia.

Por lo anterior, este principio tiene por objeto evitar actuaciones separadas las unas de las otras y que tanto el debate como las pruebas se descompongan en cuestiones diversas y en cierto modo independiente de su tramitación; es así que el principio de concentración tiene como finalidad evitar la diseminación del procedimiento en una serie de actuaciones separadas.

Todos esos principios antes mencionados son la columna vertebral del nuevo juicio oral mercantil y con ello se garantiza que el procedimiento se realice cumpliendo con todos los principios del debido proceso y por ello con pleno respeto a los derechos de las partes, sin embargo en ocasiones puede ocurrir que los principios colisionen, esto es, pueden chocar los principios de igualdad con el principio de contradicción y entonces el juez tendrá que ponderar de acuerdo al principio de proporcionalidad y aplicando los subprincipios de *necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto* a fin de determinar cuál de los principios debe ceder para darle prioridad al principio que juega un papel en sentido contrario mediante un balanceo en concreto, en el que privilegiando si se justifica la no aplicación o limitación de un principio, cumple con los fines y los objetivos el proceso, que como señala el Código uno de ellos puede ser, entre otros llegar a la verdad, por lo que el juez deberá ser muy cuidadoso para no afectar en aras del principio que permiten al juez actuar como rector del procedimiento, no intervenga en los derechos de las partes como es, el principio de igualdad procesal.

4. Cualidades y destrezas de los sujetos procesales

A. Cualidades del juez

Escucha activa, el juez de oralidad debe tener la aptitud para escuchar a las partes, sobre todo en la fase de mediación y conciliación

en donde a partir de oír a las partes en cuanto a su situación con respecto al conflicto podrá entonces proponer una solución justa y equitativa para ambas partes, o bien tratándose de mediación facilitar las vías de comunicación para que de entre las partes salgan las propuestas de solución.

Facilidad de palabra o discurso elocuente, esto debido a que el juez tiene que resolver y exponer los puntos de la sentencia de manera oral y sobre todo ante el público asistente que puede influir e impresionar a los jueces, por lo que se requiere que tenga buen manejo de discurso, para que de manera eficiente comunique las razones que lo llevaron a decidir en ese sentido, por lo tanto es necesario que el juez tenga la habilidad para organizar las piezas de su discurso (sentencia y resoluciones intermedias) y para que sea persuasivo y convincente, pero además que sea entendible para todos los asistentes.

Destreza y agilidad mental, debido a que la sentencia de juicio oral se debe dictar inmediatamente, en la audiencia preliminar y en la de Juicio Oral se presentan situaciones derivadas de solicitudes y peticiones de las partes en la que el juez tiene que resolver en forma inmediata e instantánea, por ejemplo en las objeciones a las preguntas o a la calificación de ellas en donde el juez tiene que tener agilidad mental para responder adecuadamente, pero no solo eso, sino que cada decisión que tome el juez tiene que estar debidamente fundada y motivada, por lo que se exige que el juez tenga una preparación que le permita improvisar argumentos en cualquier etapa de las audiencias, que además puede sentirse presionado por el público asistente lo que aumenta la dificultad para resolver en el acto.

Organizado y diligente con el tiempo, debido a que el juicio oral mercantil es un procedimiento que se caracteriza por ser sumario y en virtud de los principios de continuidad y contradicción, los momentos procesales deben llevarse en el menor tiempo posible, lo que exige que el juez sepa administrar el tiempo de las audiencias, moderando y limitando el uso indiscriminado de la palabra por parte de los abogados de las partes, para que no se prolonguen las audiencias hasta el punto de afectar la prontitud y celeridad con que deben resolverse los juicios.

Liderazgo y dirección del debate, relacionado con lo anterior es importante que el juez de oralidad tenga la cualidad de liderazgo y saber imponerse a las partes y no permitir que sean los sujetos los que dirijan el proceso, y que por intervenciones insistentes y abusivas distraigan el debate hacia cuestiones poco relevantes, para ello el código le da las facultades para moderar la discusión y evitar digresiones.

Paciencia y tolerancia, para escuchar y respetar el principio de contradicción conforme al cual las partes pueden intervenir y debatir en cualquier etapa procesal para ser escuchados por el juez, que mediante un control horizontal del proceso resolverá lo procedente, pero además en la etapa preliminar en el uso de medios alternativos como la mediación y la conciliación es donde se requiere la paciencia por parte del juez para detectar los puntos del conflicto, y sobre todo para descubrir cuáles son los intereses y pretensiones reales de las partes para poder brindar la solución.

Fortaleza y templanza, el juez necesita tener estas cualidades que más bien se trata de virtudes que se encuentran contempladas en los Códigos de Ética Judicial y si bien es cierto, que dicha virtud, se requiere en cualquier juez, es en la oralidad en donde más se exige su aplicación, porque el juez debe tener fortaleza para resistir a las intervenciones de las partes y no dejarse afectar por la manera en que hacen valer sus derechos, de tal suerte que si percibe que se salen del orden, puede imponer medidas de apremio o hasta ejercer el poder de mando de la fuerza pública para mantener la disciplina en la audiencia. Art 1390 bis 23 CC.

B. Destrezas del juez

Conciliador, el juez debe prepararse y capacitarse tanto en la teoría, pero sobre todo en la práctica para ser conciliador, en atención a que en éste medio alternativo, la solución del conflicto sale del conciliador, lo cual supone un verdadero reto para la impartición de justicia, tomando en cuenta que el perfil del conciliador debe ser alguien que sepa manejar las emociones y como dijimos ser paciente y escuchar activamente a las partes para saber cuál es su posición con respecto al conflicto, lo cual no siempre es compatible con la labor judicial, en donde se ve el conflicto más como una decisión

que como un proceso de solución, sobre todo porque muchas veces el conflicto va mas allá de lo jurídico, esto es, tiene relevancia jurídica pero se debe más a posiciones y emociones de las partes, por lo que si el juez no está preparado en técnicas de conciliación no vea mas allá de lo jurídico.

Mediador, por lo mismo también es necesario que el juez conozca la cultura de la paz y vea la mediación como una forma alternativa de solucionar la controversia en donde analice mas lo emocional que lo jurisdiccional, y sobre todo que para ser mediador el juez tiene que tener la preparación para no imponer soluciones, o su punto de vista a las partes, por lo que se requiere que el juez se capacite en teoría y técnica de mediación para que facilite las vías de comunicación a las partes y que de ellas salga las propuestas de solución, porque como sabemos esa es la diferencia entre mediación y conciliación, en la primera el mediador no propone soluciones, mientras que en la segunda el conciliador si ofrece solución a las partes, por ello es necesario que el juez mediador no prejuzgue y se deje llevar por impresiones que puedan afectar su imparcialidad, lo cual no es sencillo, si tomamos en cuenta que el juicio oral mercantil está pensado para que el juez sea el rector del procedimiento, de tal forma que el reto será preparar a los jueces para que cambien de una actitud rectora a una actitud conciliadora. La mediación no es una técnica, es un arte porque depende de las cualidades, habilidades y sensibilidad del mediador para llevar a las partes a la solución del conflicto.²

Motivar oralmente y exponer la sentencia, el juez de oralidad debe desarrollar la destreza y capacidad para argumentar tanto oralmente como en forma escrita sobre todo porque no se motiva de la misma forma oral que escrito, esto en base a que es diferente la comunicación oral que la comunicación escrita, porque para decir una idea en forma escrita se utilizan mas palabras que en la oral, porque ésta última al ir acompañada de ademanes, gestos, pausas es mucho más expresiva y por lo tanto más eficiente, porque se utilizan frases con premisas implícitas que ahorran explicación; pero además el juez tiene el deber de fundar y motivar todas sus determinaciones y de-

2 AGUILÓ REGLA, Josep, *EL ARTE DE LA MEDIACIÓN, Argumentación, Negociación y Mediación*, Editorial Trotta, Madrid, 2015, p. 35

ciones, por lo que no debe dejarse llevar por la emoción de dirigir el debate y suprimir o evitar la motivación, la cual aunque de forma breve y concisa siempre debe estar presente en las intervenciones de los jueces, además en la audiencia de juicio oral el juez debe exponer las cuestiones de hecho y de derecho que tomó en cuenta para dictar la sentencia, lo que supone que el juez desarrolle una capacidad de síntesis y expositiva que le permita comunicar con un lenguaje claro, sencillo y accesible para cualquier persona los motivos o mejor dicho las razones que lo llevaron a decidir de esa manera.

Conocedor de la comunicación no verbal, el juez tiene que desarrollar destrezas en comunicación no verbal como kinesia, proxémica y paralingüística para saber interpretar el lenguaje no verbal de los sujetos procesales como las partes, los testigos y peritos en la audiencia de debate, esto en virtud de que si la finalidad del proceso, de acuerdo al Código es llegar a la verdad, es importante que el juez conozca como detectar cuando los sujetos mienten, o también cuando está en situaciones de estrés o nerviosismo y como ésto influye en su declaración, esto en virtud de que gracias a la oralidad y la inmediatez el juez puede percibir actitudes inconscientes de los sujetos que revelen que no estén diciendo la verdad lo cual habrá de tomar en cuenta al momento de valorar sus declaraciones en la motivación de la sentencia, por ello debe saber detectar la sintomatología de la mentira y los principios en que se fundamenta la comunicación kinética .

C. Destrezas del abogado

Capacidad argumentativa oral, el abogado en el juicio oral debe desarrollar ante todo competencias argumentativas tanto orales como escritas, ya que el juicio es predominantemente oral pero la demanda, la contestación y la reconvención son escritas, por lo que no desaparece totalmente la escritura en los juicios orales, es por ello que los abogados deben saber argumentar con eficacia para persuadir y convencer a los jueces que tienen razón en sus pretensiones, por ello la competencia argumentativa que deben adquirir es saber cómo desplegar argumentos orales, sobre todo en los alegatos finales en donde deben saber combinar mediante la técnica adecuada hechos, pruebas y fundamentos jurídicos por medio de argumentos que den forma al discurso para que sea eficaz, además es importante la competencia

argumentativa por medio de argumentos y utilizar el derecho para respaldar los argumentos y no solo invocarlo en sus pretensiones. Otra competencia que tiene que adquirir el abogado es saber debatir y refutar los argumentos de la parte contraria mediante razones pertinentes y suficientes que sirvan para sostener su postura, dicho en palabras de SCHAUER lo que realmente distingue a los abogados de otras clases de personas es su capacidad de desplegar un talento para argumentar y tomar decisiones que con frecuencia se describe como razonamiento jurídico,³ en resumen el abogado debe tener destrezas en las concepciones retórica y dialéctica de la argumentación.⁴

Capacidad negociadora, debido a que en la audiencia preliminar o etapa intermedia una de sus finalidades es que el juez aplique un medio de justicia alternativa como la conciliación, la mediación, es importante que el abogado adquiera técnicas para negociar eficazmente y no cometer errores que traben o dilaten la solución del conflicto, para ello es importante que el abogado sepa manejar estrategias de negociación mediante las cuales pueda abordar el conflicto y facilitar su solución, esto es, que mas que ser el abogado litigioso debe ser un buen negociador.

Capacidad para interrogar y contrainterrogar, preguntar y repreguntar eficazmente a los testigos es todo un arte que tiene que adquirir el abogado, pues muchas veces las audiencias se prolongan indefinidamente, mediante interrogatorios interminables que se hacen sin ningún objetivo claro y que no llevan a ningún lado a las partes, para ello es preciso que el abogado tanto del actor como del demandado, dominen las técnicas de litigación mediante una planeación estratégica de preguntas que sirvan para acreditar las proposiciones fácticas de sus escritos de demanda contestación o reconvencción, además es básico que sepa cómo abordar al testigo de la parte contraria para que lo pueda contrainterrogar y así evidenciar contradicciones o inconsistencias de su declaración, pero con un objetivo específico y no realizar repreguntas solo para no perder la oportunidad de devolver las repreguntas que le hizo la contraparte a sus testi-

.....
3 SCHAUER, Frederick, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, (trad.) SCHELEIDR, Tobias J, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 17

4 ATIENZA Manuel, *El derecho como argumentación, concepciones de la argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 250

gos; de igual importancia es desarrollar la habilidad para objetar las preguntas que la parte contraria formule a los testigos y peritos ello con la finalidad de controlar la información que se introduce por su conducto al juicio, pero la objeción siempre debe de ser fundada y razonada pues de lo contrario se pierde el tiempo en interrupciones sin sentido que dilatan el desahogo de la prueba, por ello el abogado deberá tener reflejos argumentativos que le permitan al momento objetar y controlar el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

Capacidad para conocer el lenguaje corporal, en relación a las declaraciones de los testigos y peritos el abogado debe conocer la comunicación no verbal a fin de descubrir en los sujetos señales de que está mintiendo y así sea más efectivo el interrogatorio pues de esa manera el abogado puede “apretar” al testigo si percibe que por medio de la comunicación no verbal no está diciendo la verdad, pues al observar sus movimientos corporales o los síntomas de la mentira le permiten dirigir eficazmente las preguntas a los interrogados, por ello es importante que adquieran competencias en kinesia, proxémica y paralingüística.

Capacidad para manejar el público, además de manejar un buen nivel de discurso el abogado debe saber manejar el auditorio y no al revés, porque sucede que al ser las audiencias públicas, el abogado se puede sentir presionado o intimidado no solo por el juez y la contraparte sino también por el público asistente que pueda afectar a su desempeño y en perjuicio de los intereses de la parte que representa, por ello conducirse adecuadamente ante el público y manejar el estrés y el nerviosismo que supone toda intervención pública es un reto que deben saber adquirir los abogados, puesto que la oralidad y la publicidad son oportunidades para que el abogado recobre su papel en la sociedad en donde un buen jurista con capacidad de discurso, con elocuencia y con seguridad en sí mismo represente al gremio de los de su clase.

Todas estas habilidades y destrezas de los sujetos procesales vemos que son una realidad en la práctica, pues dedivado de las Reuniones Nacionales de la Red de Juicios Orales Mercantiles organizadas por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (CONATRIB) que tienen como objetivo en intercambio

de experiencias de estos jueces de oralidad y las dificultades que entraña su implementación, así como unificar criterios; y así por ejemplo en la primera y segunda Reunión se discutió:

- La importancia de la argumentación jurídica oral para los operadores en los juicios orales mercantiles.
- Discutir sobre la valoración de la prueba con un lenguaje sencillo
- Impulsar el uso eficiente de los Medios alternativos de solución de controversias como la mediación y la conciliación
- Impulsar la capacitación de los litigantes para mejorar su desempeño en las audiencias.⁵

En la tercera Reunión se abordó el tema de la argumentación de los Derechos Humanos en la sentencia de los juicios orales mercantiles, y se acordó:

- Que esta forma particular de argumentar debe contener los razonamientos que no resulten contradictorios entre sí para lograr congruencia interna en la sentencia.
- La motivación es la exteriorización de la justificación razonable que permite llegar a la conclusión.
- El modelo de argumentación para utilizar en la sentencia es el de Toulmin, y que se compone de cuatro elementos: Pretensión, Razones, Garantía y Respaldo.
- La argumentación y derechos humanos es útil para articular las proposiciones que interpretan normas jurídicas de Derechos Humanos; ya que la naturaleza de éstos es abstracta e indeterminada y se necesita que quien argumente un derecho humano explique su alcance y contenido, además de sus razones y su justificación.

En la Cuarta Reunión de la Red de Jueces Orales Mercantiles, se discutió la posibilidad de implementar Protocolos de actuación de los Jueces para la audiencia preliminar, de juicio y de abogados postulantes. También se discutió la problemática de dictar inmediatamente la sentencia en la audiencia de juicio oral.

.....
5 www.conatrib.org.mx

III. ETAPAS DEL JUICIO ORAL

1. *Etapa Postulatoria*

En esta primera etapa de postulación se presenta la demanda así como la contestación, y en su caso la reconvencción pero tiene la característica de que es una etapa escrita pues estas primeras promociones deberán intentarse mediante esta formalidad.

A. *La Fijación de la Litis*

En el juicio oral mercantil la *litis* se fija con la presentación de la demanda, la contestación, la reconvencción y su respectiva contestación, por lo tanto la demanda se presentara por escrito.

B. *Citación para la Audiencia Preliminar*

Una vez desahogada la vista de la contestación a la demanda y en su caso, de la contestación a la reconvencción, o transcurridos los plazos para ello, el juez de oficio señalará de inmediato la fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de los diez días siguientes. Art 1390 Bis 20 CC.

En el mismo auto, el juez admitirá, en su caso, las pruebas que fueron ofrecidas en relación con las excepciones procesales opuestas, para que se rindan a mas tardar en la audiencia preliminar, y de no desahogarse las pruebas en la audiencia por causa imputable al oferente serán declaradas desiertas. Art 1390 Bis 20 CC.

2. *Etapa Preliminar*

A. *Finalidad*

La audiencia preliminar tiene como finalidad preparar la etapa de juicio oral, pero también se pretende con ella depurar el procedimiento, por ejemplo resolviendo excepciones que pongan obstáculo a la marcha del proceso, pero además en esta etapa puede concluir el litigio mediante el uso de medios alternativos de solución de controversias como son la mediación y la conciliación, así mismo en esta audiencia se va a llevar a cabo la calificación sobre la admisibilidad de las pruebas, las que por no reunir los requisitos de pertinencia, idoneidad y licitud pueden ser desechadas.

B. *La Citación para la Audiencia de Juicio*

En la misma audiencia preliminar en la que el juez no hubiera podido lograr que las partes lleguen a un acuerdo por vía de un medio

alternativo como la conciliación o la mediación y una vez que se pronuncie sobre la calificación sobre la admisión de las pruebas y los acuerdos probatorios y los acuerdos sobre los hechos no controvertidos, deberá fijar la fecha para la audiencia de juicio oral.

En esta audiencia preliminar o de preparación de juicio oral se supone que el juez ya eliminó cualquier obstáculo que pudiera afectar a la celebración de la audiencia de juicio oral, la cual deberá celebrarse dentro de un lapso de diez a cuarenta días, tiempo suficiente para que el juez dentro de un plazo relativamente breve concluye el juicio, y en el mismo acto de la audiencia se dará por notificadas a las partes. Art 1390 bis 37 CC.

3. Etapa de juicio oral

A.. Objeto y Finalidad

La etapa de juicio oral tiene como finalidad desahogar tres momentos procesales que son la base del procedimiento oral y mercantil como son: la etapa de desahogo de pruebas, etapa de alegatos y etapa de sentencia, las cuales se deben llevar a cabo en una audiencia de juicio, ya que la sentencia se dictará inmediatamente en la misma audiencia.

B. Fase probatoria

En una primera fase el juez deberá dirigir el desahogo de las pruebas que previamente en la etapa preliminar hayan sido calificadas como admisibles, para que las partes bajo el principio de autorresponsabilidad deberán facilitar todos los medios para la preparación del desahogo de las pruebas, siendo algunas de ellas, la testimonial, la pericial y la confesional, orientada a mas hacia una declaración de partes, en esta fase el juez como rector de procedimiento goza de amplias facultades para precluir y declarar desiertas las pruebas que las partes no hayan proporcionado los medios para su desahogo.

C. Fase de alegatos

Una vez desahogadas las pruebas el juez concederá la palabra a cada una de las partes para que formulen sus alegatos hasta por un máximo de 15 minutos, pudiendo interrumpirlos y limitar el uso de la palabra, pudiendo intervenir las partes solo en una ocasión. Art 1390 bis 38 CC.

Esa es una fase netamente argumentativa en el que las partes ponen de manifiesto el principio de oralidad, pues por medio del discurso harán el último intento por tratar de convencer al juez que con sus pruebas desahogadas y con los fundamentos de hecho y de derecho les asiste la razón a sus representados.

Es lamentable que la anterior disposición viole el principio de contradicción sobre el que se fundamenta la oralidad, pues con base a ello las partes tienen el derecho para contradecir los argumentos, las pruebas y los fundamentos de la parte contraria, sin embargo este derecho no se puede ejercer si las partes solo cuentan con una oportunidad para intervenir en la fase de alegatos, siendo que es una etapa dialéctica en la que a partir de de argumentos y contraargumentos las partes sostienen, atacan y defienden sus posturas, el cual se ve limitado con esta disposición.

D. Fase de sentencia

Esta es una etapa fundamental del juicio y es la manera de cómo el juez de lo oral se legitima democráticamente ante la sociedad y sobre todo de manera pública, en la audiencia de juicio oral en donde el juez explicará las razones que lo llevaron a tomar la decisión ya sea condenando o absolviendo a las partes, en una suerte de discurso dirigido tanto a las partes como a los asistentes para que comprendan adecuadamente los motivos de la decisión; por ahora solo nos referiremos a las disposiciones relativas a la fase decisoria del juicio. Señala el Código de Comercio que expuestos los alegatos por las partes el juez declarará el asunto visto y el juez dictará de inmediato la resolución correspondiente. Art. 1390 bis 38 CC.

Como puede verse la audiencia de juicio oral se difiere para el posteriormente redactar la sentencia por escrito con el debido tiempo para profundizar en los fundamentos de hecho y de derecho, y sobre todo en la valoración de las pruebas.

a. Redacción y explicación de la sentencia

En la audiencia de juicio oral el juez expondrá oralmente y de forma breve los fundamentos de hecho y de derecho, que motivaron su sentencia, y leerá únicamente los puntos resolutiveos. Art. 1390 bis 39 CC.

Esta fase del proceso decisorio, es de suma importancia porque la exposición por parte del juez de los motivos que tuvo para dictar la sentencia en un lenguaje claro y sencillo sin tecnicismos legales

que oscurecen su comprensión, acerca a las partes y al público a la impartición de justicia al eliminar las barreras del discurso escrito; es decir el hecho de que el juez exponga directamente entre las partes y se asegure de que lo entienden perfectamente la certeza a los procesos judiciales.

Es importante que en esta fase el juez explique en un lenguaje claro y sencillo qué valor les dio a las pruebas que respaldaron las pretensiones de las partes, sobre todo para las pruebas que son de valoración libre como la testimonial, la pericial, la documental privada y las presunciones, y que no por dejarse al arbitrio del juez, se le deja en libertad para saltarse la valoración, pues debe explicar porqué le producen convicción y porque les da mas mas valor a una que a otras, y que por regirse por el sistema de valoración de la sana crítica debe utilizar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos como respaldo de razonamiento probatorio, en forma de argumentación justificatoria.⁶

En el caso de que ninguna de las partes asisten a la audiencia se dispensará la lectura de la sentencia y quedara a su disposición copia de la sentencia, es decir la exposición de las razones de la sentencia no suprime la redacción de la misma y la entrega a las partes de la misma, garantizándose así que la motivación de la sentencia será más profunda y precisa en el documento escrito que le permitió cumplir con los principios de congruencia y exhaustividad que deben respetarse en toda decisión judicial.

IV. CONCLUSIONES

1. Los juicios orales suponen retos y desafíos para los operadores de los sistemas en donde se realizan los juicios preferentemente orales, como lo es la materia mercantil, ahora los jueces en el juicio oral mercantil tienen funciones para dirigir el proceso, mediar, conciliar, sancionar y moderar las audiencias, funciones que ponen más de manifiesto las nuevas capacidades y competencias que deberán desarrollar los jueces de oralidad.
2. El juicio oral mercantil se caracteriza porque el proceso se desarrolle bajo los principios de oralidad, publicidad, igualdad,

6 GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación jurídica, técnicas del argumentación del abogado y del juez*, 5ª edición, Editorial Porrúa, Cdmx, 2016, p. 134

inmediación, contradicción, continuidad y concentración, y si bien es cierto, estos principios están presentes en los juicios predominantemente escritos, es en la oralidad en donde permiten que la impartición de justicia sea más pronta, expedita y sobre todo más democrática en base al principio de publicidad.

3. En esta clase de juicios el juez deberá desarrollar competencias y cualidades que le permitan dirigir adecuadamente el debate, tales como, saber escuchar activamente a las partes, paciencia y tolerancia, y sobre todo, agilidad mental para resolver de manera instantánea las peticiones de las partes al momento que la solicitan.
4. Además el juez de oralidad mercantil deberá desarrollar destrezas que antes no tenían lugar en la materia mercantil, como lo es ser conciliador y mediador, lo cual representa un verdadero reto para los jueces que realizan mas una función de dirección y decisión en los juicios, por lo que deberán adquirir competencias en técnicas de mediación y conciliación para facilitar a las partes y proponer soluciones a los conflictos mercantiles, pero sin que esto comprometa su criterio, para que en caso de que no lleguen a un acuerdo las partes, le permita resolver con total imparcialidad; también deberán obtener destrezas en argumentación oral para que puedan motivar de esta forma las decisiones que tomen dentro de las etapas del proceso, para que no pase como en otras ramas (penal) en donde el juez por la confianza y comodidad de su experiencia, en algunos casos, cuando motivan una decisión pasan del fundamento a la conclusión, incurriendo así en vicios de motivación.
5. Para los abogados que participen en los juicios orales mercantiles representa para ellos el sistema, aun mas retos, sobre todo por la oralidad que representa para ellos un obstáculo más que una ventaja que pueden aprovechar en el juicio, ello en virtud de que han sido formados en la escritura y les cueste trabajo el cambio, por lo que hay que aprender de otras experiencias, como en la rama penal, en donde desafortunadamente se realiza mas verbalización y lectura de promociones que intervenciones orales, como por ello es importante que en las facultades de derecho se realice prácticas de juicios orales para que los alumnos se vayan familiarizando con la oralidad y acepten que esta es la tendencia hacia a donde se dirigen los juicios.

6. También hay que destacar para los abogados la importancia de desarrollar habilidades en argumentación oral para que puedan fundamentar adecuadamente sus intervenciones, pues argumentar no es lo que lo que los abogados “dicen” cuando participan en un juicio, sino que deben argumentar con argumentos, es decir, saber cómo se construyen y de que elementos se componen las diferentes formas de un argumento y saber que el derecho se usa como respaldo de un argumento y no su simple invocación lo convierte en un argumento.
7. El juicio oral mercantil se compone de una etapa postulatoria en donde se presenta la demanda, contestación y reconvencción y se fija la *litis*, una etapa preliminar que tiene por objeto depurar el procedimiento, celebrar acuerdos conciliatorios y calificar las pruebas para el juicio, una etapa de juicio oral que consta de una fase probatoria, fase de alegatos y fase de sentencia; con estas etapas se garantiza que la justicia oral en la materia mercantil sea pronta y expedita, pero por la manera en que están redactadas algunas disposiciones podrá presentar algunos inconvenientes para las partes, pero que esperamos que conforme vaya avanzando su aplicación se vaya perfeccionando el sistema oral.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *EL ARTE DE LA MEDIACIÓN, Argumentación, Negociación y Mediación*, Editorial Trotta, Madrid, 2015
- ATIENZA Manuel, *EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN, CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
- CASTRILLON y LUNA, Victor M., *DERECHO PROCESAL CIVIL*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESUS, Y MONDRAGÓN PEDRERO, FABIÁN, *LOS JUICIOS ORALES MERCANTILES*, Editorial Porrúa S.A., CDMX, 2015
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*, Tomo 1 5ª Edic, Editorial Temis, Bogotá, 2006.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *LAS PRUEBAS EN MATERIA CIVIL, MERCANTIL Y FEDERAL*, 3ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.
- OVALLE FAVELA, José, *DERECHO PROCESAL CIVIL*, 4a. de., Editorial Harla, S.A., México, 1991.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *TRATADO DE LA PRUEBA JUDICIAL, INDICIOS Y PRESUNCIONES*, Tomo IV, 7ª Edic. Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, 2011.

- ROSS GAMEZ, Francisco, ***DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO***, 1ª reimpre-
sión, Cárdenas editor, México, 1991.
- SCHAUER, Frederick, ***PENSAR COMO UN ABOGADO, Una nueva introduc-
ción al razonamiento jurídico***, (trad.) SCHELEIDR, Tobias J, Marcial
Pons, Madrid, 2013.
- TARUFFO, Michele, ***PROCESO Y DECISION, Lecciones mexicanas de Derecho
Procesal***, Trad. Daniela ACCANTINO SCAGLIOTTI, Marcial Pons, Madrid,
2012.
- TELLEZ ULLOA, Marco Antonio, ***EL NUEVO ENJUICIAMIENTO MERCAN-
TIL MEJICANO***, Tomo II, Editorial Sufragio, S.A. de C.V., Hermosillo
Sonora, 1990.

DUELO TEÓRICO ENTRE LAS FORMAS DE PROPIEDAD Y LA PROPIEDAD PRIVADA EN CUBA

Marta Fernández Martínez¹

Nota introductoria

Estas reflexiones buscan desentrañar la relación entre la concepción sobre la propiedad, el estatuto constitucional y civil la propiedad en Cuba y los nuevos cambios en cuanto al reconocimiento de la propiedad privada. A la vez que se valora el alcance, contenido y efectos de la expresión legal destino socioeconómico del bien, que sin dudas merece un detenimiento conceptual en Cuba, toda vez que puede ser el eje central desde el cual entendamos la teoría que enmarca este derecho a la luz de cada una de las formas de propiedad reconocidas o garantizadas por la Constitución de la Republica.

También es de imperativo determinar si el estatuto de las llamadas formas de propiedad merece una definición conceptual y no quedarse en una mera clasificación de sujetos con bienes detentados, gozados y explotados y si ello repercute en la determinación de la teoría a la que nos afiliemos para entender la propiedad en nuestro sistema económico social o si es necesario mantenerlas o no al reconocer expresamente la propiedad privada.

Desentrañar también el contenido de esta expresión destino socioeconómico, nos puede conducir a concluir o no si defendemos o refrendamos la teoría de la función social de la propiedad aunque no reconozcamos como base de la constitución económica la propiedad privada, sino el estatuto de las formas de propiedad, sin sentido unitario; además nos llevaría a la reflexión de la diferencia entre la propiedad social y la propiedad estatal; y también nos haría reflexionar sobre la facultad de disposición por transformación de bien conforme al destino socioeconómico en todas las llamadas formas de propiedad, con respeto por todos los sujetos de la legalidad.

1.- Brevísimas historia de un cambio conceptual político, económico y legislativo

La Constitución del 40 en Cuba reconoció la existencia y legitimidad de la propiedad privada como fundamento en la teoría de la función

.....
1 Profesora Titular Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho Universidad de la Habana. Notaria.

social de la propiedad. En su artículo 87 estableció: “*El Estado cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley*”

Dos conceptos importantes a valorar: reconocimiento y legitimidad de la Propiedad privada y el reconocimiento de la función social.

El Liberalismo defendió la Propiedad Privada sin límites y absolutamente. Si embargo la concepción social consideró que es necesario mantener o que exista el dominio o propiedad privada sobre todos los bienes, según esta teoría los bienes cumplen una doble función: una de beneficio para su propietario y otra el beneficio que debe ocasionar a toda la colectividad; está orientada en el sentido de atribuir a la propiedad una función social, y se trata de un derecho individual sin individualismo, porque la propiedad otorga facultades e impone obligaciones.

La "función social" para CORTINA significa que el propietario, por el mero hecho de serlo, no puede establecer una muralla inaccesible entre su egoísmo, el interés social y sus derechos patrimoniales. El hombre que tiene una propiedad y vive dentro de la comunidad social, está obligado a darle a esta propiedad un sentido social, o sea, de actividad creadora.²

Señala el jurista francés DUGUIT: "la propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social".³ Entendiendo que todo individuo tiene el deber y la obligación de emplear la riqueza que posee en conservar y desarrollar la interdependencia social, en razón directa del lugar que ella ocupa. Para el autor propiedad no es un derecho sino una función social en donde el propietario que es el conservador de la riqueza tiene una función social que cumplir y en la medida en que se cumpla esta misión sus actos de propietario serán protegidos y de lo contrario, es decir si no cumple o los cumple de manera errónea la intervención de las autoridades es legítima; para este autor la propiedad tiene dos proposiciones:

2 CORTINA, José Manuel, *Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba*, Estudio publicado en el "Diario de la Marina", de La Habana, el día 26 de febrero de 1946, p. 13.

3 GUTIÉRREZ PILA, Osbel, RODRÍGUEZ SAIF, María Juliá, FIGUEROA SÁNCHEZ, Zulía y Yojannier MORENO; *De la función social de la propiedad, una visión cubana y socialista desde una perspectiva jurídica*. Digital citando a DUGUIT.

- 1.- El propietario tiene el deber y la facultad de emplear los bienes bajo su dominio en la satisfacción de sus necesidades individuales y la de emplear dichas cosas en el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral; y,
- 2.- El propietario tiene el deber y la facultad de emplear sus bienes en la satisfacción de las necesidades comunes.

Pero los críticos de esta teoría establecen que la propiedad no es una función social, sino que tiene una función social junto a un fin de utilidad individual dándole a su propietario un derecho subjetivo.

Para el italiano RODOTÁ el concepto de función social no puede ser entendido como una expresión nómada que varía según el criterio de quien la interpreta, por lo tanto no constituye una simple invitación a un examen sobre la experiencia jurídica sobre la institución y sí de un elemento que acompaña la situación propietaria todas las veces que existe una utilidad social definida por el legislador. Para él no existe el clásico confronto dialéctico entre estructura y función por lo que la función social de la propiedad es: "la descubierta en el aspecto interno de la propiedad o, diciendo de otra manera, se coloca como último análisis, como un componente de su estructura". Habla entonces de función social como sinónimo de expresiones diversas como bienestar social, utilidad social, interés social, fin social, etc. El escritor resume todo lo anterior diciendo que: "todas las expresiones reconducen a un máximo social".⁴ La función social actúa desde dentro, modificando la sustancia y el contenido del derecho.

RIVERO VALDÉS considera que el actual Derecho Civil, le debe a la teoría de la función social del derecho subjetivo y al desarrollo de la teoría de la prohibición del abuso de derecho, la elaboración de las ideas fundamentales en materia de limitación de los derechos reales. Teniendo como base el principio *qui ius suo utitur nemo patitur* (quien su derecho usa, a nadie engaña) la doctrina llamó la atención acerca de lo insuficiente, en determinados casos, de limitarse a cumplir preceptos legales prohibitivos o restrictivos de formas de aprovechamiento o disposición de las cosas y los derechos.⁵

4 Idem, citando a RODOTÁ.

5 RIVERO VALDÉS, Orlando (coordinador), Temas de Derechos Reales, Felix Varela, La Habana, 2001, p. 73.

La Concepción Marxista – Leninista de la propiedad, sostiene que es preciso realizar una división fundamental de los bienes en cuanto al dominio, pues existen bienes de uso y de consumo que son los que sirven para satisfacer alguna necesidad, otra categoría de bienes son los llamados bienes de producción que son los que sirven para generar otros bienes; tanto los bienes de uso y de consumo son susceptibles de propiedad privada pero no de manera ilimitada sino que se puede aprovechar de éstos en la medida que requiera la satisfacción de sus necesidades, mientras que los bienes de producción son de propiedad colectiva.

En esta teoría se anula la propiedad privada sobre cualquier instrumento o cosa que genere producción, Lenin en su declaración de 1922 afirma que no se reconoce nada privado sino que en el ámbito económico todo es considerado como jurídico – público y no privado, sin embargo aún en la Constitución Soviética se reconoce alguna propiedad personal la misma que está referida en la vivienda pero con exclusión del suelo.

La Constitución cubana de 1976 no define expresamente la filiación a la teoría de la función social de la propiedad. RODRÍGUEZ SAIF, FIGUERO SÁNCHEZ, MORENO Y GUTIÉRREZ PILA, consideran que en Cuba no podemos hablar de función social como lo concibe el derecho burgués, ni de propiedad privada con función social sino de esencia del sistema y de la naturaleza misma del sistema.⁶ Sustentándose en que la Constitución cubana actual no expresa explícita ni implícitamente la función social de la propiedad porque los propios fundamentos del sistema socialista cubano plasmados en la Carta Magna, reconocen la verdadera esencia y naturaleza social de nuestra base económica.

Al respecto señalan que la expresión de las limitaciones al ejercicio del derecho siempre deberán ser entendidas en el verdadero sentido y alcance de la primacía que conlleva su existencia derivada del papel fundamental de la propiedad estatal socialista, nunca como expresión de la aplicación de la teoría de la función social de la propiedad a un sistema al que le es inherente por su esencia.⁷

La Constitución de la República establece que en Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el

6 GUTIÉRREZ PILA, Osbel, RODRÍGUEZ SAIF, María Juliá, FIGUERO SÁNCHEZ, Zulia y YOJANNIER MORENO, *Idem*.

7 *Idem*.

pueblo sobre los medios fundamentales de producción,⁸ lo cual, a la vez sienta las bases para la intervención del Estado en las relaciones sociales, a fin de remediar en lo posible las desigualdades económicas y sociales existentes.

Además los propios fundamentos del sistema social cubano plasmados en la Carta Magna, reconocen la verdadera esencia y naturaleza social de nuestra base económica. En este sentido, el contenido de nuestro derecho de propiedad, en todas sus formas mencionadas y garantizadas constitucionalmente, debe entenderse desde su propia naturaleza jurídica, que no es la de la propiedad privada, sino la de propiedad social, base y esencia del sistema.⁹

En la Constitución vigente aunque de forma expresa no se haga mención a la función social del derecho de propiedad, es ésta una cuestión implícita en los Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, recogidos en el Capítulo I, del Texto Constitucional y fundamentalmente de la redacción de los artículos del 14 al 27, dedicados a las relaciones de propiedad.

Pensar que porque no se reconozca explícitamente la propiedad privada no reconocemos intrínsecamente desde los fundamentos sociales la teoría de la función social parecería una formulación en negativo por decantación. Mejor es detenernos en pensar a cual teoría, de las conocidas nos afiliamos: ¿a la del dominio ilimitado?; ¿a la del dominio dividido?; ¿a la de la función social de la propiedad?; ¿o? ¿Cuál es la teoría socialista de la propiedad?: ¿reconocer formas de propiedad? y ¿Darle la primacía al estado en el goce, explotación y poder económico y político de la sociedad? O ¿negar la propiedad privada? La propiedad es derecho y deber para con la sociedad y creo que es lo más justo que ha llegado hasta la actualidad con independencia del sujeto que detente el derecho, goce y explote los bienes.

En este orden mirando el estatuto constitucional de la propiedad, no desde ella misma sino desde el Código Civil cubano, especialmente desde su artículo 129.1 que establece: *la propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes,*

.....
8 Artículo 14: En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También rige el principio de distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio.

9 *Ibidem*, colectivo de autores.

*conforme a su destino socioeconómico*¹⁰, no cabe duda alguna que esa expresión se aviene a los fundamentos de la teoría de la función social de la propiedad, donde se reconoce el carácter limitado de la propiedad y la obligación de los propietarios de ejercer su derecho conforme a determinadas exigencias y deberes impuestos en la ley en bienestar de la sociedad. Y es esto precisamente lo que distingue en los fundamentos el sistema económico cubano, su visión social.

Así el Código civil desecha la idea de que sistema civil patrimonial se erija sobre la base de un concepto central o unitario de la propiedad sobre el cual gravite todo lo demás y vuelve a amparar el eje de la propiedad en la clasificación de las llamadas formas de propiedad. Por su parte el artículo 129.1 cuando con timidez refiere el contenido del derecho alude a las facultades del propietario, Disposición General del Libro Segundo Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes, haciendo especial referencia a que dichas facultades se ejercen, conforme al destino socioeconómico.

Esta expresión encierra mucho en sí misma. Algunos como yo han considerado que es un reflejo en su contenido y esencia del reconocimiento de que la propiedad encierra facultades pero también deberes, que el propietario no es el super poderoso que todo lo puede, la propiedad está en función de la sociedad y esta ha de velar racionalmente por el ejercicio de ese derecho.

Ayer, digo antes de las reformas del año 2011, una de las facultades más discutidas era la disposición por enajenación, y el debate centraba su mirada en la limitación del privado para poder enajenar intervivos libremente sus bienes, o si el Estado podía de enajenar la propiedad estatal, ello ya fue superado. Hoy está siendo muy discutido los llamados actos neutros o de la disposición por transformación y por ello la expresión conforme al destino socioeconómico, como nunca antes se coloca en el epicentro del debate jurídico de los derechos del propietario.

La transformación implica la modificación por parte del propietario de la estructura material de la cosa, permitiéndole a su vez la extensión o contracción de su derecho sobre el objeto resultante¹¹. Aunque parezca sencillo, no lo es; y eso se debe no a la complejidad

.....
10 y amén de que dicha expresión legal “*destino socioeconómico*” pueda estar sujeta a numerosas interpretaciones, en las que me detendré después.

11 RIVERO VALDÉS, Orlando (coordinador); *Temas de Derechos Reales*, Ed. Félix Varela. La Habana, 2007.p 130.

del término en sí mismo, sino al ejercicio de tal facultad esencialmente por la serie de limitaciones que encuentra en el ordenamiento jurídico y más aún por las interpretaciones que puede recibir.

¿Quién determina el destino socioeconómico de un bien? ¿Puede cambiar por voluntad del sujeto que detenta el derecho? ¿El destino es inscribible? ¿Cuáles efectos tiene esa inscripción? ¿Puede un bien inmueble tener dos fines distintos? ¿Incidiría en ello el interés social por encima de otro? ¿Hasta qué punto puede el titular del bien transformarlo, sin que ello implique un cambio de su destino socioeconómico? ¿Es el destino económico para lo que el bien fue creado en sus inicios? ¿Hoy podemos hablar de formas privadas de propiedad según su contenido? ¿Son solo estos titulares los que pueden cambiar el destino? ¿Gestionar un bien propiedad de propiedad estatal por un cuetapropista es transferencia de la propiedad?¹²

Ciertamente los presupuestos teóricos para analizar el alcance, contenido y efectos de la expresión legal conforme a su destino socioeconómico deben residir en:

- Voluntad relativa del titular.
- Autorización legal.
- En materia inmobiliaria tener en cuenta la superficie según el uso.
- Permitir el ejercicio de la facultad de transformación.
- En ningún caso, ante la indeterminación legal puede ser considerado y respetado invariablemente el que dio nacimiento al bien en su uso.
- Ampliar los conceptos inmobiliarios urbanos edificados y diferenciar la vivienda del local.
- La determinación del contenido esencial sobre la base de la autonomía privada no es un enemigo del régimen económico social vigente.
- El cambio del fin no es perjudicial al uso o disfrute del bien, ni para la sociedad.

.....
 12 Paradójicamente a lo que se piensa en el análisis del artículo 129 del Código civil cubano ha sido la Teoría de Función Económica Social la encargada de recoger estos aspectos, sosteniendo que el titular de un bien no puede darle al mismo un destino diferente que para el que fue creado, y consecuentemente con ello perjudicar con su uso, disfrute o disposición, al resto de la sociedad. Sin embargo, resulta curioso, el carácter prácticamente abstracto de la función social, al menos en la forma que se utiliza en nuestro Derecho. La función social está más apegada a lo económico que a lo jurídico y en realidad recae sobre el objeto, aunque aparentemente incide sobre el derecho, y es aquel y no este el que debe tener un determinado destino social.

- El cambio de uso es reversible, en correspondencia con el contenido económico del derecho.
- En cumplimiento del propio artículo 129.1 del Código civil cubano, no puede estar reservado a determinados titulares, en correspondencia con las formas de propiedad reconocidas en la Constitución y en el Código civil, el ejercicio de la transformación del uso.
- Todos los titulares sin excepción pueden ejercer la transformación en respeto a los límites intrínsecos o extrínsecos que la sociedad determine.
- La publicidad registral inmobiliaria no puede ser un límite a la variación del uso. El destino no debe inscribirse.

3.- El llamado pluralismo de la propiedad

Se ha señalado que los civilistas, en general, defienden un concepto unitario del derecho de la propiedad, necesario, como producto de una síntesis de todos los particularismos, concibiendo este instituto como un concepto principal del cual hay que partir para ver su extensión en determinados objetos físicos sobre los que recae (suelo, aguas, minas...). Se admite con más grado de unanimidad la existencia de las llamadas “propiedades especiales” por vía de analogía sobre, pero en realidad, no se toma como un tema capital para otros¹³

El llamado “pluralismo” de la propiedad no es un puro concepto, sino el signo de una profundísima evolución de todo el Derecho de los bienes; se liga en un principio a las formas de crisis del ordenamiento de cuño napoleónico-pandectístico.

Las raíces de la problemática sólo se resuelven con un análisis histórico. Existen autores que tratan el “pluralismo” hablando de varias “propiedades” o varios tipos de propiedad regidos por estatutos distintos, calificando el tipo genérico y unitario como de “residual” a medida que han ido apareciendo regímenes diferenciados para determinadas categorías de bienes. La pregunta que se formula MONTES es que sabiendo que hoy la propiedad no es una institución unitaria, sino también un conjunto de instituciones, ¿es posible una disciplina unitaria que constituya una suerte de máximo común denominador de todas las formas de propiedad? El pluralismo plantea entre otros, problemas dogmáticos graves en orden a

13 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L Y GULLON BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. 5ta Ed. revisada y puesta al día. Madrid: Tecnos, 1991. p. 175

la determinación de las características específicas de la propiedad en cada uno de los tipos y el de la interrelación entre ellos¹⁴.

Pero la conclusión es que la existencia de referencias unitarias en el sistema actual no entra necesariamente en contradicción con la comprobación de la diversidad de las propiedades. No se puede ignorar que el “concepto abstracto” ha constituido cabalmente el punto “real” de organización de todo trabajo legislativo jurisprudencial y doctrinal pese a reconocer la relevancia efectiva de los singulares estatutos.

El civilista habla de propiedades especiales de las aguas, de propiedad de las minas, de la propiedad intelectual, de la propiedad horizontal, de la multipropiedad entre otras, sin perder de vista el concepto abstracto de la propiedad. Este llamado pluralismo en contraposición con las formas de propiedad está diseñado desde lo objetivo, no en lo subjetivo y hoy todos lo reconocemos.

4.- Formas de propiedad. Presupuestos históricos, técnica legislativa, necesidad de reforma

Para Rodríguez Saif¹⁵ la propia esencia socialista de la economía cubana condiciona como característica del sistema la multiplicidad de manifestaciones de la propiedad donde cada una se diferencia por el destino social que tienen en correspondencia con la función económica que cumplen y a quien pertenecen los bienes si es a una persona natural o jurídica. La pregunta que surge es ¿si esto mismo no ocurre en los sistemas que abiertamente reconocen la propiedad privada y la función social de la propiedad? ¿Ello supone que no pueda generalizarse criterios sobre el contenido del derecho de propiedad? ¿Qué papel tiene entonces el artículo 129.1 del Código civil cubano? ¿En el sistema unitario con pluralismo hay un mismo destino socioeconómico?

Sin embargo la citada autora en el artículo concluye que después de la reforma de la Constitución de la República de Cuba de 1992 “no podemos decir que nos quedan claras cuáles y cuántas formas de propiedad aparecen reconocidas y en tal sentido garantizadas en

14 MONTES PENADES, Vicente L. *La Propiedad Privada* en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo. Civitas Ediciones, S.L., Dec 1, 1987 p. 145

15 RODRÍGUEZ SAIF, María Julia, *Repercusión de la reforma constitucional en los Derechos de Propiedad y otros Derechos sobre bienes*, en Libro Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Buté, coordinado por Andry Matilla Correa, Editorial Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009.p.378

nuestro ordenamiento jurídico constitucional”¹⁶ Se concuerda con que no debe ser una lista taxativa de formas de propiedad, pues pudieran quedar sin respaldo constitucional, lo cual requiere ser repensado. Como también hay que repensar la utilización de los conceptos reconocer y garantizar, pues su alcance y efectos son distintos a los que refiere la autora, el reconocimiento no implica garantía.

Las llamadas por décadas formas de propiedad, no son una teoría, son a mi juicio un reconocimiento que hacen los Estados que siguieron el estatuto diseñado para la construcción del socialismo en la Constitución de la URSS de 1918, a otras formas distintas a la Propiedad Estatal que era la que ocupaba un lugar cimero, único, patrimonio común de todo el pueblo soviético. Se declara abolida la propiedad privada sobre la tierra, pasando a ser este patrimonio nacional y distribuido entre los agricultores, sin compensación. Siendo propiedad también de la nación los bosques, las aguas, las fábricas, las minas, los medios de transporte y los bancos. Al cambiar la fisonomía del Estado cambia radicalmente el estatuto constitucional de la propiedad y solo se concibe como la más importante y abarcadora la socialista (patrimonio estatal, de todo el pueblo; la Koljosiana; las cooperativas; los sindicatos y otras organizaciones sociales), la cual subsistía con otra de menor y con trascendencia insignificante, que el Estado permitía la personal de los ciudadanos de la URSS¹⁷.

La propiedad personal estaba estrechamente vinculada a la propiedad socialista, era producto de esta y estaba basada en última instancia al principio socialista de remuneración del trabajo, es el trabajo el que genera la riqueza. A la vez que ese patrimonio no podía utilizarse para obtener ingresos extra laborales, para explotar trabajo ajeno, no debía servir para extraer ingresos parasitarios, ni ser utilizados en perjuicio de la sociedad y para observar rigurosamente la destinación del consumo se establecieron limitaciones y disposiciones sobre el tamaño de las propiedades.¹⁸

.....
16 Idem. p.384

17 JALFINA, Raisa, El Derecho de Propiedad del Estado en la URSS, Editorial Progreso, Moscú, 1981, p.14

18 Idem. p.24 Entre las limitaciones se estableció que sobre el tema de la vivienda, la casa era solo para habitar, solo una como máxima posible a poseer, pudiendo contar además con una casa de campo, por tener diferente destinación de consumo. No reconoció el derecho soviético la adquisición por prescripción, ni la diferenciación de la adquisición de lo mueble a lo inmueble; la división en medios de producción y objetos de consumo era el principio más importante de la clasificación de las cosas por los rasgos de su función económica.

El derecho soviético contraponía la propiedad privada a la socialista, la que se manifestaba por medio de las llamadas formas de propiedad. Se sustituye el término privado por individual o personal. Las formas de propiedad y su respaldo jurídico buscaron mayor socialización y colectivización de los medios de producción, por lo que la propiedad privada no encontraba cabida para la satisfacción de los intereses individuales.

En esta misma cuerda se diseñó el estatuto constitucional de la República de Cuba en 1976 y en las subsiguientes reformas se han ido incrementado las formas de propiedad en la medida que el Estado ha ido permitiendo otros sujetos en el tráfico económico.

Si bien el estatuto económico constitucional se erige sobre la propiedad estatal como el baluarte principal del poderío económico de la nación y es esta colectividad organizada la que goza y explota los bienes fundamentales de producción, por otra parte se refuerza la máxima que el trabajo es la fuente de riqueza y se reconocen otras formas de propiedad, preceptos que se reproducen en el Código civil cubano.

Si bien la propiedad estatal, colectiva, social o socialista o de todo el pueblo se contrapuso a la privada; hoy en Cuba se torna discutible siguiendo el sendero histórico- legislativo y teórico la dicotomía entre la propiedad privada y otras formas de propiedad reconocidas o garantizadas. El pequeño agricultor, es un propietario privado de varias caballerías de tierra¹⁹; el trabajador por cuenta propia puede contratar mano de obra asalariada;²⁰ el socio de una cooperativa tiene casi todos los beneficios de un empresario privado y está dispuesto a asumir los compromisos sociales empresariales, aun y cuando es reconocida como una forma avanzada y eficiente de producción socialista; las empresas totalmente extranjeras y mixtas, como otras formas de propiedad, son propiedad privada. Pudiera parecer más problemática encuadrar la llamada como forma de propiedad la de las organizaciones políticas y de masas, y encuadra perfectamente en la propiedad pública al no tener un disfrute individual.

Reconocer hoy la propiedad privada no es borrar el estatuto de la propiedad personal como forma más cercana de la propiedad privada, es repensar el estatuto constitucional de la propiedad a tono

19 Como máximo de 5 caballerías de tierra después de la Segunda Ley de Reforma Agraria de 1961, excepcionalmente existen agricultores que poseen entre 50 y 100 caballerías hoy.

20 Resolución 32 de 2010 del MTSS.

con los regímenes diferenciadores, con las bases teóricas de manera coherente en la técnica- normativa y con el mantenimiento de los principios del modelo socioeconómico.

A modo de cierre inacabado

Los fundamentos progresistas que llevaron a los teóricos a diseñar la teoría de la función social de la propiedad, no están desdibujados en nuestra sociedad; sino por el contrario en ella dicho concepto alcanza una mayor intensidad debido a la característica fundamental del predominio de la propiedad social sobre los medios de producción, para cumplir el principio de satisfacer las necesidades cada vez más crecientes de la sociedad, según el propio texto constitucional, lo cual necesariamente lleva implícito la función social de la propiedad.

Pero, ciertamente, reconocer hoy la propiedad privada como parte de la actualización del modelo económico nos lleva a reflexionar sobre el principio de libertad de empresa, de iniciativa privada y sobre la técnica legislativa y la necesidad de mantener o no las formas de propiedad en la Constitución de la República de Cuba y su correlato en el Código civil, pues las mismas:

- Propenden a determinar tipos de sujetos que pueden ser titulares en propiedad de determinados bienes (sectores sociales y objetos de dominio);
- Porque no existe un reconocimiento expreso entre lo público y lo privado aunque intrínsecamente están diferenciados analizando el contenido y los elementos configurativos de cada una de las formas;
- Porque se establece reglas jurídicas no rituales de atribución de bienes y de ejercicio de sus facultades;
- Porque se mediatiza la propiedad eliminando o tendiendo a eliminar la especulación; y
- Porque se asumen las restricciones, limitaciones y deberes impuestos como fundamento de la construcción de los principios socialistas del orden económico y político dominante, los cuales son también fundamentos de las restricciones a la propiedad privada en virtud de su función social.

Bibliografía

- ALABAU TRELLES, José Francisco, El propietario único y la permanencia, Ed. SELECTA Librería O' Reilly 357, La Habana, 1956.
- BORDA, Guillermo A, Tratado de Derecho Civil, tomo II-Derechos reales, s.ed y s.l, 1992.
- CABANES ESPINO, Iris, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Martha y María Elena PRADO SIFONTES, El ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Su sentido social. Digital.
- CORTINA, José Manuel, Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba, Estudio publicado en el "Diario de la Marina", de La Habana, el día 26 de febrero de 1946.
- DÍEZ PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN, Sistema de derecho civil, Volumen III-Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- ECHEVERRÍA, Santiago, El contenido esencial del derecho de propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del notariado el día 17 de marzo de 1991.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, MARTA, *Concepto unitario, formas de propiedad y destino socioeconómico de la propiedad en Cuba. Una mirada desde el Código civil al estatuto constitucional de la propiedad.* En MATILLA CORREA, Andry/ AGRA, Walber de Moura y CAVALCANTI, Bruno Novaes Bezerra (Coordinadores), *El Derecho Público en perspectiva. I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.
- GARCÍA BRIGOS, Jesús Pastor, ALHAMA BELAMARIC, Rafael, LIMA FERRER, Roberto Jesús y Daniel RAFULS PINEDA, Cuba: propiedad social y construcción socialista, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2012.
- GUTIÉRREZ PILA, Osbel, RODRÍGUEZ SAIF, María Julia, FIGUEREDO SÁNCHEZ, Zulia y Yojannier MORENO, De la función social de la propiedad, una visión cubana y socialista desde una perspectiva jurídica. Digital.
- HERNÁNDEZ MAS, Orestes, Derecho sobre Bienes, Ed. Pueblo y Educación, Calle 15 No. 604, Vedado, La Habana, marzo de 1973
- MARIANI DE VIDAL, Marina, Derechos Reales, tomo I, Buenos Aires, 2004.
- JALFINA, Raisa, El Derecho de Propiedad personal en la URSS, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1977.
- JALFINA, Raisa, El Derecho de Propiedad del Estado en la URSS, Editorial Progreso, Moscú, 1981.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y la publicidad mobiliaria, Barcelona, 2008.
- MARX, Carlos y Federico ENGELS, La Ideología Alemana, Edición Revolucionaria, La Habana, 1996.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina A y CUTIÉ MUSTELIER, Danelia, La propiedad en Cuba. Una visión desde la Constitución, en Libro Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Buté, coordinado por Andry Matilla Correa, Editorial Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009.

- MONTES PENADES, Vicente L. *La Propiedad Privada* en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo. Civitas Ediciones, S.L., Dec 1, 1987
- MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Tomo I, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000.
- MUSTO, Néstor Jorge, *Derechos Reales*, Tomo II, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000.
- PADRÓN LOTTI, Miguel, *Forma Urbana, Planeamiento-Diseño*, Una exploración de relaciones, Instituto de Planificación Física, Cuba.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, vol. III: Bienes públicos. Derecho urbanístico, 8ª ed., Madrid, Barcelona, 2000.
- PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Urbanístico*, Instituciones Básicas, Ed. Ciudad Argentina, 1986.
- PEÑA CHACÓN, Mario, *La transversalidad del derecho ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales*, Digital.
- RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Propiedad y otros Derecho sobre Bienes*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999.
- RIVERO VALDÉS, Orlando (coordinador), *Temas de Derechos Reales*, Ed. Félix Varela. La Habana, 2007.
- RODRÍGUEZ SAIF, María Julia, *Repercusión de la reforma constitucional en los Derechos de Propiedad y otros Derechos sobre bienes*, en Libro Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba, Homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté, coordinado por Andry Matilla Correa, Editorial Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009.
- VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, segunda edición, Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, tomo II, 1920.

Fuentes legales:

- Constitución de la República de Cuba, promulgada el 5 de julio de 1940, por Gustavo GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, Lex, La Habana, 1941;
- Constitución de la República de Cuba con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 7, del 1º de agosto de 1992.
- Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988 anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, editorial Félix Varela, La Habana, 2014.
- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005. Resolución 32 de 2010 del MTSS

EL DERECHO FAMILIAR CUBANO Y LOS NUEVOS TIEMPOS: EL BRÍO JURISPRUDENCIAL

Leonardo B. Pérez Gallardo¹

“La familia es base de la sociedad
y el lugar donde las personas aprenden por vez primera
los valores que les guían durante toda su vida”.

Juan Pablo II

1. El vía crucis de la pretendida recodificación del Derecho familiar cubano

Pocas normas jurídicas desde la segunda mitad del siglo XX hasta la Cuba de hoy han tenido un íter tan largo como el tan reclamado y nunca aprobado Código de Familia que debía reemplazar al vigente en el país desde 1975. Desde las distintas ciencias sociales se ha vindicado la necesidad del reemplazo normativo en materia de Derecho familiar. De ello también se ha hecho eco la prensa. El Código de Familia de 1975 desde hace ya tiempo no está a tono con los dictados sociales, con los cambios en la estructura demográfica familiar cubana, con los mandatos de las ciencias biológicas, médicas y mucho menos con las exigencias que la sociedad de la información impone. El vetusto Código sigue anclado en modelos estereotipados, en una familiar nuclear, prácticamente como único modelo de familia, sin dar cabida a las nuevas construcciones familiares.

El Código de Familia, vigente aún hoy día en el país, a pesar de los pesares, en sentido general es una norma desfasada, que responde a otros esquemas y moldes, hoy superados en el Derecho comparado, y que en nada se adecua a la dinámica social de estos tiempos.

Se trata de un cuerpo normativo, que no recepciona los principios informantes de la Convención de los derechos del niño, con la dimensión con la que hoy se receptan tales principios. Un Código que sigue imponiendo el matrimonio, ya sea formalizado o reconocido judicialmente, a través del proceso correspondiente, se ejercite la acción

.....
1 Profesor Titular de Derecho civil y notarial. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. Notario.

en vida de ambos cónyuges o tras el fallecimiento de uno, o incluso de ambos, pero para el cual la noción de matrimonio se hace imprescindible para reconocer efectos patrimoniales y sucesorios a la vida en común de la pareja, aunque esta haya apostado por la unión de hecho (*vid.* artículos 2, 18 y 19). A fin de cuentas al legislador del Código de Familia poco le importó la autonomía privada de los miembros de la pareja o su proyecto de vida, pasando de largo con las voluntades y los proyectos, imponiendo un modelo en el que el Estado rige, como la sombra al cuerpo, los actos de los particulares, hasta los que tienen que ver con su vida de pareja. De ahí además que no permita tampoco pactar sobre el régimen económico matrimonial. A la luz de dicho Código los cónyuges se ven compelidos a admitir como régimen económico matrimonial el de la comunidad germánica (concretamente el de la comunidad parcial de bienes, *rectius* aquellos adquiridos a título oneroso, constante matrimonio), simplificándose a la mínima expresión el Derecho patrimonial del matrimonio, sobre la base de variables predeterminadas que el legislador no le permite despejar a los cónyuges (*vid.* la fuerza imperativa impregnada en la redacción del artículo 29). Se trata de un Código que no supera hoy día un test de género, y no solo por el lenguaje, sino por su marcada visión patriarcal y androcéntrica de la familia, de ahí el distingo, en la ya de por sí, más que polémica, autorización para formalizar matrimonio de los menores de edad prevista en su artículo 3, en la que se diferencian edades a partir del género, de manera que la mujer (más que la hembra como se expresa en el Código, expresión hoy superada en el lenguaje jurídico) se considera más madura para el matrimonio, por lo cual se habilita la edad de 14 años, para que, con carácter excepcional sea autorizada por sus progenitores o por el tutor, según corresponda, mientras el hombre, más infantil o inmaduro, más irresponsable, y a fin de cuentas, siempre más justificado, tendría habilitada la edad nupcial, si bien también como excepción, solo a partir de los 16 años de edad. También en la regla del artículo 89 en la que se fija que al momento de determinar el tribunal quién de los progenitores quede bajo la guarda y cuidado de los menores de edad, de haber estado en compañía de ambos, se prefiera a la madre, sin valorarse el interés superior del menor, entendiéndose en principio que la madre, en razón de su género tiene preferencia, no para favorecerla, sino porque los hijos, en la filosofía del Código de Familia, por mucho que se avanzó en ello, siguen siendo de la madre. Un Código que no conoce otra ins-

titución de guarda y protección que la tutela, tanto para mayores de edad, judicialmente incapacitados, como para menores no provistos de padres con titularidad y ejercicio de la patria potestad, que no abre la más mínima brecha para que la persona en previsión de la propia incapacidad pueda expresar su voluntad respecto de los apoyos que desea tener, a tono con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, y respecto de la cual, por el tiempo de su promulgación, el Código de Familia cubano, también es absolutamente ajeno. Un Código demasiado rígido en sede de patria potestad, con un ejercicio dual de ella en todo caso, sin tener en cuenta aquellas circunstancias excepcionales, que precisamente, en atención al interés superior del menor, hacen aconsejable que tal ejercicio se ejercite por uno solo de los progenitores, a saber: el que tiene a su cargo la guarda y cuidado del menor. Un Código que establece a modo de fórmulas predeterminadas los supuestos de suspensión del ejercicio de la patria potestad, entre ellas la declaración judicial de incapacitación del progenitor o progenitora, sin tomar en consideración la necesidad de inclusión de la personas con discapacidad, entre ellas las que tienen discapacidades psíquicas o intelectuales, entendida tal inclusión en el plano del desempeño doméstico o familiar. Un Código que llega a confundir política, patria y paternidad, al incluir entre las causas de privación de la patria potestad la emigración, bajo la definición – no ajena de contenido marcadamente ideológico – de abandono del territorio nacional, y por tanto de sus hijos (*vid.* artículo 95.3), como si lo segundo fuera una inevitable consecuencia de lo primero, como con los años lo demostró la vida, y fue confirmado por sentencias del propio Tribunal Supremo².

2 A modo de ejemplo paradigmático, la Sentencia No. 502, de 19 de agosto de 2015, que ratifica las sentencias de instancia que resuelven un conflicto derivado del ejercicio de la patria potestad por el padre y la madre de un adolescente de 15 años, cuya madre, reside en los Estados Unidos, pero mantiene continua comunicación con su hijo, residente en Cuba con su padre, a quien visita con sistematicidad, pero pretende que el hijo pueda visitarla temporalmente a Estados Unidos, a lo que el padre se niega. El Alto Foro declara SIN LUGAR el recurso interpuesto por el padre, quien insiste en el apoyo judicial a su negativa. En su fundamentación se hace alusión al derecho del hijo a relacionarse y comunicarse con su madre, *“a visitar al progenitor que radique en país distinto al de su residencia habitual, en tanto es premisa internacional garantizar que mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, con la excepción de que ello vulnere el interés superior del niño; y el hecho de que así se cumpla respecto a la madre, no cercena en ningún sentido la preeminente tutela que refrendan tanto la norma patria como el apartado segundo de los artículos nueve y diez de la Convención internacional de los derechos del niño (...); sino que salvaguarda el supremo beneficio que para el hijo de las partes representa disfrutar física y directamente el cariño que le*

No por gusto, quien fuera Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, el Dr. Raúl GÓMEZ TRETO, en fecha, ahora ya lejana en el tiempo, como el año 1988, fundamentaba la necesidad de ir hacia un nuevo Código de Familia, entre otros temas:

- a) en lo concerniente a la necesidad de analizar si resultaba conveniente o no, permitir la autorización del matrimonio de los menores de edad;
- b) en lo relativo a la innecesidad de la autorización por los funcionarios correspondientes para formalizar matrimonio con ciudadano extranjero, lo que hoy no se aviene con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Cuba, en tanto – como apuntaba el autor –, “implica un obstáculo a la libertad conyugal, y entraña una discriminación para con los que no se casen con cubanos”;
- c) en lo que atañe a considerar el modo viable de reformular los preceptos reguladores de los requisitos sustantivos de la formalización del matrimonio con vista a los requisitos que la ley debería exigir para su perfeccionamiento;
- d) en lo relativo a si debía mantenerse el ejercicio de la acción de divorcio vinculada a las de determinación de la patria potestad, guarda y cuidado, pensiones y comunicación y pensiones para los hijos y la del cónyuge o si éstas deberían sustanciarse independientemente, como ocurre hoy con la de división de la comunidad matrimonial de bienes disuelta por el divorcio; así como si procedería mantener independizada en todo caso, como hasta ahora, la acción de división de bienes matrimoniales comunes o si se podría acumular a la de divorcio y en qué casos.
- e) en lo que atañe al régimen económico del matrimonio, que en la legislación anterior admitía el “contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio” a fin de que como las comúnmente denominadas “capitulaciones matrimoniales” se pudiera decidir previamente a la formalización del mismo el régimen particular que se le quisiera imponer, y que el Derecho vigente a virtud del

profesa su madre, válidamente demostrado en autos, a través de las sistemáticas visitas que desde dos mil once realiza para estar junto a su menor hijo, el que no se encuentra bajo su abrigo por la expresa oposición del impugnante para que lo trasladara consigo, y no porque haya sido el propósito de aquella (...) luego entonces, dada la función tutiva que de sus intereses al tribunal corresponde, se impone garantizar la proximidad requerida del menor (...) a su progenitora mediante legal autorización para viajar a su país de residencia”.

Código de Familia suprimió esta institución de nuestro sistema jurídico-normativo nacional, de modo que debía reflexionarse sobre mantener o no el régimen legal y único de la comunidad matrimonial de bienes;

- f) en la que toca a la patria potestad “habría que plantearse si a esta función paterno-materna no habría que denominarla de forma más expresiva de su real contenido y desarrollar más explícita y claramente sus rasgos característicos”;
- g) en lo que corresponde a la adopción, la necesidad de elevar “la edad del adoptable, de 16 a 18 años para que coincida con la de la mayor edad y no quede un menor de 16 a 18 años de edad sometido a tutela por carecer de patria potestad (natural o adoptiva)”;
- h) en lo relativo a la obligación alimentaria, de suprimir la prelación legal establecida a tal fin, respecto de los deudores, y en consecuencia incluir “la posibilidad legal de que el interesado en recibir tales pensiones pueda dirigirse a cualquiera de los parientes obligados, indistintamente, a fin de facilitar la posibilidad de cobrarlos a quien realmente sea ejecutable. Obviamente, se podría abrir también la posibilidad legal de que el condenado a pagarles pudiera repetir contra otro pariente más cercano, de serle posible la ejecución contra su patrimonio o ingresos o, en otro caso, que fuera factible trasladar la deuda siempre que la dejara garantizada como fiador o garante”;
- i) en lo que concierne a la tutela, al comportarse “como institución de complementación de la capacidad o de representación legal sin base familiar”, su regulación debería insertarse en el Código Civil. De modo que, -según sostenía el autor-, “no haberse trasladado la regulación de esta institución al Derecho propiamente civil, como procede, habría que considerar la posibilidad de denominar el Código de Familia: ‘Código de Familia y Tutela’ en lo adelante”³.

En otro interesante artículo, publicado en la misma Revista, un año después, o sea, en 1989, el entonces abogado en ejercicio y profesor universitario Jorge DE LA FUENTE LÓPEZ, intentaba fundamentar las razones que justificaban la necesidad y la posibilidad de un nuevo Código de Familia en Cuba, basándose en algunos de los

3 Es recomendable el estudio de su artículo titulado: “¿Hacia un nuevo Código de Familia?”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 34, año XVII, julio-septiembre 1988, pp. 31-74. Las recomendaciones formuladas por él para una eventual reforma del Derecho familiar y alguna de las cuales he sintetizado en el texto, pueden consultarse en las pp. 59-70.

argumentos defendidos por GÓMEZ TRETO. Si bien no comparto, en su totalidad, el pliego de requerimientos para un nuevo Código de Familia apuntado por el autor, no niego que le asistía razón en sentido general sobre la necesidad de reordenar el Derecho familiar, y en tal sentido suscribo sus agudas aseveraciones respecto de:

- a) la necesidad de condicionar los efectos del matrimonio cuando se extingue el vínculo, a la extensión en el tiempo que ha tenido éste, de modo que “Cuando se piense y decida definitivamente sobre un nuevo Código de Familia, resultará imprescindible tener esto presente y deba condicionarse la validez del matrimonio a un período de su vigencia que bien pudiera ser un año, con lo cual, además se salvarían aquellos estados de viudez de un día para otro, tras los cuales se esconde generalmente una intención distinta a la que verdaderamente debe motivar la unión de una pareja para hacer vida en común. Aquí también habría que valorar si se admite o no el darle carácter retroactivo a la formalización del matrimonio pues sería entonces absurdo condicionar su validez a la vigencia en el tiempo, o exigir determinados requisitos para tal efecto retroactivo”; y
- b) La necesidad de que un nuevo Código de Familia extienda la determinación de las medidas sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación, más allá de los progenitores, de modo que en una “proyección futura sobre esta materia deberá estudiarse la posibilidad de ampliarlo a otros miembros del contorno familiar en el que se ha desenvuelto el menor hasta el momento de la ruptura del vínculo matrimonial entre sus padres, distinguiendo por supuesto entre la ruptura de hecho y de derecho y considerando para la determinación final entre este aspecto con quién vivía el menor al momento de la ruptura de hecho, pues en muchos casos no son precisamente los padres quienes se han ocupado del mantenimiento y educación de sus hijos durante largos años y puede resultar que al momento de la ruptura la madre (o a la inversa el padre) que prácticamente tenía a su hijo abandonado al cuidado de la abuela paterna durante varios años (con la consiguiente identificación del menor a ese contorno familiar) arranque a su hijo menor de ese otro hogar para que le sea conferida la guarda y cuidado, acción que muchas veces se efectúa sin tener condiciones mínimas materiales ni espirituales

para el sostenimiento y educación del menor y se hace responsable de su hijo no porque haya surgido el cariño con la ruptura del vínculo matrimonial sino para causar el lógico malestar en la familia del otro miembro de la pareja que nada puede hacer ante esta acción”⁴.

En el año 2005, en ocasión del XXX aniversario de la puesta en vigor del Código de Familia de 1975, la sucesora del Dr. GÓMEZ TRETO en la presidencia de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, la Dra. Olga MESA CASTILLO, escribía un epitafio del Código de Familia, al expresar que: “El Código de Familia de Cuba, para su época, en la década de los años setenta (...) tuvo el privilegio de ser el primer Código de Familia que respondía a una sociedad socialista y a una verdadera revolución social. Sus instituciones, las universales instituciones del Derecho de Familia, fueron reguladas con una concepción verdaderamente progresista y fueron punto de referencia de un tratamiento jurídico de avanzada para el contexto iberoamericano. (...)”

“Pero bien, ha pasado demasiado tiempo desde su puesta en vigor; en treinta años la humanidad ha tenido avances tecnológicos, como la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida, que influye en la filiación, se ha aprobado una Convención Internacional de los Derechos del Niño, con una nueva doctrina de la protección integral del niño y de la niña, a los que ahora se valoran como sujetos de Derecho, se han introducido nuevas figuras jurídicas para la institución de la patria potestad, como la patria potestad prorrogada (...) y nuevas o renovadas instituciones de guarda y protección para menores, personas de la tercera edad, incapacitados y discapacitados, entre otras novedades.

“A todo este avance que ha acontecido en tres décadas en el Derecho de Familia a nivel internacional, está ahora ajena Cuba, por no haberse actualizado su Código de Familia”⁵

4 Vid. DE LA FUENTE LÓPEZ, Jorge, “Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. 38, año XVIII, julio-septiembre, 1989, pp. 71-106, *passim*.

5 MESA CASTILLO, Olga, “Palabras pronunciadas al terminar la sesión abierta dedicada a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba (14 de febrero - 8 de marzo de 1975), acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005”, en *Revista Cubana de Derecho*, No. pp. 119-121,

El Código de Familia de Cuba de 1975, aún vigente, es ya historia pasada. Ciertamente podrá ser calificado de progresista, vanguardista, de primera línea, pero en todo caso, tales atributos hoy día no representan lo que fue. El Código no responde a las necesidades de las familias cubanas de hoy, una parte de las cuales no tienen cobertura en sus normas. No podemos seguir asidos de los valores ideológicos de un Código de los años 70. La vida siguió, la sociedad se ha ido informatizando, las tecnologías, quizás en menor proporción y menor intensidad, también llegaron al país. Estamos ante nuevas generaciones, con nuevos proyectos de vida sustentados en derechos que no tienen un justo reconocimiento legal. El Derecho de familia de esta década poco tiene que ver con la ya lejana en el tiempo, década de los años 70 del pasado siglo. Las nuevas dinámicas socio-familiares no encuentran un reflejo en los rígidos moldes del Código Familiar cubano. Las instrucciones del Tribunal Supremo de los últimos años, han sido, sin dudas un oxígeno importante, pero lamentablemente los pulmones a los que llegaron tienen ya serias lesiones que comprometen su propia existencia. En una entrevista dada para el periódico *Granma* hace dos años, justo un día antes de cumplirse los 40 años de la aprobación del Código de Familia, la profesora MESA CASTILLO, quizás demasiado imbuida en el trayecto histórico del proceso de codificación, con una mirada, en ocasiones, más de nostalgia que de porvenir, llega a afirmar “El código nació para un país que ya no es”⁶. Y, en efecto, el vigente Código de Familia, está urgido de una reforma cabal, que vaya desde sus cimientos, y que responda a los reclamos que la familia cubana, más pragmática, menos idealista, más plural e inclusiva, menos formalista y excluyente, más liberal, menos conservadora, más realista, menos utópica, pero en todo caso la familia cubana, o mejor dicho, las familias cubanas, requieren de un Código que de cobertura legal a sus derechos y deberes con el sello o la impronta que el Derecho de las familias exige en Cuba. Un Código más reflexivo, más inclusivo, más práctico, más resuelto, más abarcador, más tuitivo, que potencie no solo la intervención del Estado en la protección de los más vulnerables, más débiles, más socorridos, sino también que permita a la pareja establecer su propio destino, labrar el futuro,

6 “Un Código de amor para la familia”, de la periodista Lisandra Fariñas Acosta, *Granma*, de 13 de febrero de 2015, en <http://www.granma.cu/cuba/2015-02-13/un-codigo-de-amor-para-la-familia?page=2>, consultada el 17 de marzo de 2017.

determinar los componentes éticos, morales y patrimoniales de la vida en familia, que potencie, por qué no, la autonomía privada, sin sesgar los intereses superiores de esos sectores vulnerables de la familia. Un Código que refleje en su sistemática los postulados de las Convenciones internacionales suscritas por Cuba, a tono con los principios que informan hoy el nuevo Derecho de las familias⁷.

2. Las dinámicas socio-familiares en la Cuba de hoy y su necesaria recepción jurídica

Para fundamentar la necesidad de la recodificación familiar en Cuba, se hace imprescindible ofrecer una lectura de las dinámicas socio-familiares, a partir de las investigaciones realizadas a tal fin desde diversos contornos no jurídicos. A fin de cuentas, la familia es una institución que no solo trasciende para el Derecho. Al Derecho llegan los perfiles de la familia que brindan otras ciencias.

En un trabajo bien documentado las profesoras María Elena BENÍTEZ PÉREZ, del Centro de Estudios Demográficos y Patricia ARÉS MUZIO de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana, ofrecen una disección de tales dinámicas, a tenerse muy en cuenta si queremos dibujar el boceto de lo que pudiera ser el nuevo Derecho familiar cubano. Es característica de la familia cubana actual, “la reducción del tamaño medio y la amplitud de su longitud generacional, un cambio en la condición de la mujer y una mayor equidad con el hombre, el aumento de la tasa de divorcios y de matrimonios sucesivos, el aumento del número de hogares donde viven personas solas, el incremento de aquellos que reconocen como jefe a una mujer, la ampliación de otros donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, hasta el alza registrada en la proporción de parejas, sobre todo jóvenes, que cohabitan sin casarse y tampoco formalizan su unión cuando llegan los hijos, por solo citar algunos”⁸.

7 Sobre el tema de los principios del Derecho de Familia desde la óptica que ofrece el Código Civil y Comercial de Argentina, *vid.* MEDINA, Graciela, “Principios del Derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Buenos Aires, año VIII, No. 4, marzo 2016, pp. 3-15.

8 ARÉS MUZIO, Patria y María Elena BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba” (en PDF), en http://www.rediberoamericanade-trabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatricia.pdf, consultado el 17 de marzo de 2017, p. 30.

Se apunta además que “el cambio demográfico más trascendente, está marcado hoy por el acelerado proceso de envejecimiento de la población cubana”⁹. Se estima que hacia el año 2025, 1 de cada 4 cubanos tendrá más de 60 años, lo cual según las investigadoras mencionadas “es el resultado de dos tendencias demográficas convergentes: se nace menos y también se muere menos, fenómenos que aportan otras dimensiones y retos a la evolución social, pues, a diferencia de lo ocurrido en la mayoría de los países europeos, donde la transición demográfica que culminó con el envejecimiento de la población se logró en el curso de varias generaciones, en Cuba este proceso ha sido muy acelerado y homogéneo”¹⁰. El vínculo entre la dinámica demográfica de un país y la familia es muy estrecho, y de ello el fenómeno más visible es el de la fecundidad. Esta es, junto a la nupcialidad el problema más determinante. Según BENÍTEZ y ARÉS, “Desde 1978, las parejas cubanas están teniendo una cantidad de hijos menor que los 2,1 alumbramientos promedio por mujer, necesarios para garantizar que haya un reemplazo generacional. Ello, ha incidido directamente en el tamaño y la composición de la familia”¹¹.

A este dato hay que adicionar “el aumento registrado en las cifras de divorcio, cuya tasa bruta ha pasado desde 0,41 divorcios por mil habitantes en 1955, hasta 3,2 en el año 2008”¹², lo cual conduce a constituir familias más pequeñas donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, con sus hijos a cargo, o sea, se hace palpable en la realidad cubana el significativo aumento de las familias monoparentales, “con jefatura de hogar femenina, presentándose lo que pudiera derivar en un matriarcado práctico debido al elevado número de divorcios (y muchos cubanos con varios matrimonios o uniones con divorcios y separaciones sucesivos) y la coexistencia de hijos de distintos padres, así como separaciones prolongadas por trabajo, emigración o estudios”¹³.

Otro dato de interés lo constituye el aumento de la esperanza de vida lo que se refleja en un número cada vez mayor de parejas anciana-

9 *Idem*, p. 3.

10 *Ibidem*, p. 4.

11 *Ibidem*, p. 4.

12 *Ibidem*, p. 5.

13 AMADOR RODRÍGUEZ, Carlos Antonio, “Una mirada al cumplimiento de las funciones sociales de la familia en Cuba de hoy”, en *Bioética*, enero-abril, 2009, versión digital, en <http://www.cbioetica.org/revista/91/910411.pdf>, consultada el 18 de marzo de 2017, p. 9.

nas que viven sin sus hijos “por encontrarse en la etapa del ciclo vital que suele identificarse como de nido vacío. Otro de los efectos del envejecimiento poblacional, es el referido al progresivo crecimiento que se registra en las tasas de viudez, lo cual conduce al aumento de hogares unipersonales, tendencias estas que marcan cambios de interés en la composición de la familia cubana actual”¹⁴.

El aumento de la tasa de divorcio sigue siendo significativo en el país, lo que constituye también “otro desafío para la familia y para la sociedad cubana, donde habrá que aprender a encontrar un equilibrio entre la justa autonomía de la pareja, que puede modificar, por divorcio, separación, viudez o soltería, las estructuras familiares, y las responsabilidades y obligaciones que estos contraen tras la llegada de sus hijos, en especial, la desprotección afectiva y económica en la que suelen verse, con bastante frecuencia, los hijos menores respecto al padre”¹⁵. Reflejo ineludible en la manera en que han de ser reguladas las relaciones paterno-filiales en función del principio del interés superior del menor. Por otra parte, - según refiere Mayda ÁLVAREZ SUÁREZ, directora del Centro de Estudios de la Mujer -, “el aumento de la tasa de divorcios (Cuba tiene una de las más altas de América Latina) casi siempre deriva en nuevas uniones consensuales, en las que se reconstituyen las familias con nuevos miembros que deben enfrentarse a los límites de sus roles de poder”¹⁶, lo cual constituye otro reto para las familias. “Es significativo también - admite, Lourdes IBARRA MUSTELIER, integrante del Grupo de Familia de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana -, el rol de ambivalencia de los nuevos convivientes luego de que una familia se reconstituye. El miembro desconocido del matrimonio debe enfrentarse a conflictos frente a la crianza de los menores, papel en el que puede ser excluido o demasiado empoderado. Estas familias requieren crear nuevos proyectos para que los vínculos sean efectivos”¹⁷. Dicha profesora también apunta, entre los cambios operados en las dinámicas de la familia cubana de hoy, “el surgimiento de familias integradas por personas del mismo sexo,

14 ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 5.

15 *Idem*, p. 14.

16 “¿Cuánto ha cambiado la familia?” (varios autores), en *Juventud Rebelde*, edición digital del 19 de febrero de 2017, <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2017-02-19/cuan-to-ha-cambiado-la-familia-cubana/>, consultada el 17 de marzo de 2017.

17 *Idem*.

quienes se convierten en padres o madres de menores de edad que deben insertarse en una sociedad todavía homofóbica”¹⁸.

En otro orden, “las uniones consensuales y el número de niños que nacen fuera del matrimonio aumentan continuamente, lo que evidencia la generalidad de una nueva concepción sobre la familia. La mujer, sigue siendo el eje sobre el cual giran estas transformaciones. Son ellas, de preferencia, quienes eligen entre lo que renuncian y lo que adquieren”¹⁹. Como afirma AMADOR RODRÍGUEZ “Ante la falta generalizada de viviendas y la esperanza de conseguirlas por algún medio, se observa la convivencia de varias generaciones en la misma casa y la falta de motivación para un proyecto de familia basado en el matrimonio (...)”²⁰, “existe un número importante de hogares de tipo extenso y trigeneracionales con un ciclo vital tardío. Ello significa que el déficit de viviendas no se expresa sólo en términos cuantitativos sino también cualitativos, limitando la formación espontánea de nuevos núcleos familiares”²¹.

Anótese además que “(l)a familia cubana se caracteriza hoy por la heterogeneidad no solo de estructuras sino en cuanto a sus condiciones socioeconómicas (...)”²². Hay una verdadera heterogeneidad en las condiciones socioeconómicas que viven unas familias y otras, lo cual genera “situaciones de desigualdad familiar y social al interior de la familia y entre familias”²³.

Según ÁLVAREZ SUÁREZ “Hay que mirar a la familia en la Mayor de las Antillas sabiendo que existen diferentes tipos (...). Ese modelo exclusivo de mamá, papá y nené ya se da poco, porque las familias se han vuelto más complejas en su composición y funcionamiento”. “La formación de valores se ha deteriorado en la familia y la sociedad (...) Por ello, es necesario potenciar el reforzamiento del vínculo hogar-escuela, que en los últimos años se ha visto deteriorado” precisa la investigadora²⁴.

18 *Ibidem*.

19 ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 15.

20 AMADOR RODRÍGUEZ, C. A., “Una mirada...”, *cit.*, p. 9.

21 GARCÍA QUIÑONES, Rolando y Marisol ALFONSO DE ARMAS, “Envejecimiento, políticas sociales y sectoriales en Cuba”, en <http://www.cepal.org/celad/noticias/paginas/3/40183/RolandoGarcia.pdf>, consultada el 19 de marzo de 2017, p. 19.

22 ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 21.

23 *Idem*, p. 22.

24 “¿Cuánto ha cambiado...”, *cit.*

No menos trascendente en esta caracterización de las dinámicas socio-familiares resulta “(l)a violencia en el ámbito doméstico (que) tiene expresiones de tipo social, por medio de manifestaciones de falta de urbanidad, de indisciplina social y rechazo a la autoridad que llega a niveles preocupantes”²⁵.

En fin que para diseñar los nuevos resortes en que se sustenta –jurídicamente hablando–, la familia cubana hay que necesariamente otear una y otra vez las dinámicas sociales y demográficas. “La familia protagoniza procesos de desarrollo, de reproducción social y física de la población, de la fuerza de trabajo, de la ideología y de la cultura. Es el ámbito social donde tiene lugar la toma de importantes decisiones sociodemográficas: la formación y disolución familiar, la libre elección del número y espaciamiento entre los hijos, la educación y socialización de la niñez, el acceso a la vivienda, el reparto de la actividad económica entre hombres y mujeres, la decisión de migrar, entre muchas otras”²⁶.

Para sentar las pautas de la recodificación familiar cubana se hace necesario advertir los cambios en la familia cubana “... a nivel estructural, funcional así como en su diversidad y heterogeneidad. Analizar estos cambios, sus causas y los desafíos que ello implica para las políticas sociales es un imperativo actual”²⁷.

3. La familia cubana en busca de un Derecho. El impulso que da la interpretación evolutiva del Tribunal Supremo

Tras el panorama que vengo describiendo, estamos sin dudas en una etapa en la que la familia cubana va tras las pistas del legislador²⁸. Los reclamos de un nuevo Código de familia son continuos y de diversa naturaleza. Como los temas del Derecho familiar atañen a todos, cada persona tiene una razón suficiente para exigir del legislador que vuelva su mirada y le ofrezca cobertura jurídica a

25 AMADOR RODRÍGUEZ, C. A., “Una mirada...”, *cit.*, p. 9.

26 FERNÁNDEZ RIUS, Lourdes Elena, “La familia: retos de hoy”, en *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, año 1, número 1, abril-mayo 2013, p. 4, versión digital, en <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/>, consultada el 19 de marzo de 2017.

27 *Idem*, p. 5.

28 Sobre los retos del Derecho familiar cubano *vid.* ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad”, en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 47, enero-junio 2016, pp. 5-31.

la situación en la que se encuentra y en la que a su juicio, no hay amparo legal, como si las leyes se entallaran al cuerpo. Mientras tanto, hay que seguir dando solución a los casos que los nuevos tiempos en clave familiar van suscitando. El jurista tiene ante sí el gran reto de dar respuesta a la dinámica en la que se desenvuelve la familia en la Cuba de hoy con normas legales creadas hace más de cuarenta años, ante un tejido familiar muy diferente al que se enfrentó el legislador de 1975. Compete pues a los jueces cubanos ir ofreciendo respuestas a cada caso con el ingenio, la creatividad, la competencia, la agudeza y la previsión que siglos atrás enfrentaron los romanos en la medida que Roma se iba convirtiendo en un Imperio. Como los pretores romanos, los jueces en Cuba tienen que dulcificar, flexibilizar las normas legales familiares para dar cobija a las nuevas construcciones familiares que han ido ocupando un lugar significativo entre las familias cubanas, o en todo caso, dinamizar las clásicas instituciones familiares con amparo legal, moldeadas a estilos ya pasados, de cara a los principios que informan los tratados o convenciones internacionales suscritos por Cuba.

Y en ello juega un papel significativo la interpretación evolutiva o sociológica del Derecho, la cual ha tenido especial importancia en materia constitucional, al ser protagonizada por las Cortes o Tribunales Constitucionales²⁹, pero que, sin dudas, es aplicable en normas infraconstitucionales, en cualquiera de los sectores del Derecho, en lo que el Derecho familiar siempre ha tenido un protagonismo apuntado. Con la interpretación evolutiva –sostiene GUASTINI–, se atribuye al texto normativo un significado distinto del literal, pero sobre todo, un significado nuevo, diferente de los significados ya establecidos, tomando en cuenta las exigencias sociales a partir de una valoración política del intérprete³⁰. La interpretación de las normas jurídicas cambia a partir de las exigencias sociales.

.....
 29 Sobre el tema en el ámbito constitucional, *vid.* GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, en *Revista de Derecho*, UNED, No. 12, 2013, pp. 257-292 y MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, No. 31, 2013, pp. 535-554.

30 GUASTINI, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, No. 43, octubre 2015, p. 28.

“Es lo que se denomina *jurisprudencia progresiva*. Este modo de entender la actividad judicial es fundamental en un Estado moderno, y elemental para la supervivencia de las leyes, de otro modo habría que cambiarlas constantemente, cosa imposible, y supone necesariamente alejarse de la voluntad del legislador que las elaboró. El juez para llevar a cabo este tipo de interpretación jurídica, precisa de sensibilidad para captar las necesidades sociales de su tiempo”³¹. Este criterio sociológico que ha de emplearse en la interpretación del Código de Familia cubano si queremos adaptar sus normas a la realidad social del momento en que se aplican, tan distante del momento histórico de su sanción, pretende acomodar los preceptos legales a las nuevas circunstancias, devenidas tras la sanción del Código y con ello ajustarlas a presupuestos de orden político, económico, ideológico, moral, con sentido de darles actualidad. “La interpretación de las leyes ha de cambiar al compás de las exigencias sociales”³², y precisamente conforme con esas exigencias los jueces “deben poner en vigencia la norma jurídica”³³, y de esta manera rejuvenecen el Derecho, de ahí que función última del Derecho lo sea el “constituir un factor decisivo y puede contribuir al cambio y transformación social”³⁴.

Como expone el profesor sevillano CERDEIRA BRAVO DE MARCILLA: “La finalidad de la interpretación sociológica es una, en principio, bien sencilla y evidente: evitar el anacronismo, impedir la petrificación del Derecho; hacer de la norma un ente vivo que por sí sólo, sin necesidad de estricta e incesante reforma, sea capaz de adecuarse a los nuevos tiempos, a las nuevas realidades (sociales, económicas, políticas, culturales,...)”³⁵.

31 LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el Derecho como instrumento del cambio social)”, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/15.pdf>, consultada el 19 de marzo de 2017, p. 261.

32 *Idem*, p. 312.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 CERDEIRA BRAVO DE MARCILLA, Guillermo, “Matrimonio y Constitución. Su interpretación evolutiva en España”, en *Derecho Familiar Constitucional*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo (coordinadores), Grupo editorial Marriel, México, 2016, p. 151.

Como decía la Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 noviembre 1934³⁶, pionera en el tema, cuya ponencia correspondió a CASTÁN TOBEÑAS: “... *si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico*”.

3.1. Los afectos y los valores en el Derecho familiar como sustento de los fallos judiciales

Nada mejor que el Derecho familiar para que los valores, y entre ellos el afecto, cubran el papel que les corresponde. Es el Derecho familiar el más sensible de todos, el menos jurídico y el más aprehensivo. El principio de la afectividad se va erigiendo en principio cardinal del Derecho familiar, sustrato de varios fallos judiciales en el Derecho comparado.

El Derecho familiar cada día se va perfilando como un Derecho en el que la socioafectividad se enraíza, de tal manera que se convierte en pivote de distintas figuras jurídicas, enclave de las nuevas construcciones familiares, y de la relectura de clásicas instituciones familiares, entre ellas las relaciones filiatorias³⁷. En su *Manual de*

36 Según nos explica el profesor CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, con el caso sometido a conocimiento del Tribunal Supremo “se trataba de adecuar el Código Civil español (...) a la nueva realidad social que entendía el TS contemplaba la Constitución por entonces vigente, la Republicana de 1931. El caso también era de familia, aunque referido estrictamente a la filiación: se trataba de una reclamación de paternidad extramatrimonial (interpuesta por la madre contra la viuda del padre ilegítimo), cuando, al menos programáticamente, ya imponía el art. 43 de la Constitución republicana de 1931 la investigación de la paternidad, al imponer la propia igualdad en toda filiación (matrimonial o no), al modo en que hoy lo hace el art. 39 CE; pero no encontraba aquel principio reflejo normativo en el CC (de 1889), cuya regulación aún se mantenía en los viejos valores de discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos y de prohibición en la investigación de paternidad”. *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, G., “Matrimonio y Constitución...”, *cit.* pp. 147-148.

37 *Vid.* CHAVES, Marianna y Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Paternidad socioafectiva: del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en **Revista Jus Navigandi**, Teresina, año 16, No. 2846, 17 abril 2011, en <https://jus.com.br/artigos/18916>, consultada el 5 de mayo de 2017, quienes estudian el fenómeno de la paternidad socioafectiva *versus* la paternidad biológica y la necesaria imposición de la primera sobre la segunda. Los autores defienden la tesis de que “Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para dismantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socioafectivo (...) por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación (...), este se generado y como tal debe prevalecer”, y en tal sentido arguyen, con vehemencia que “(l) a filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encauzando, al mismo tiem-

Direito das famílias, la conocida profesora brasilera Maria Berenice DIAS enuncia el principio de afectividad como uno de los informantes del nuevo Derecho de las familias. A su juicio, “el primer obligado a asegurar el afecto por sus ciudadanos es el propio Estado”³⁸, se hace necesaria “la constitucionalización de un modelo de familia eudemonista e igualitario, con mayor espacio para el afecto y la realización individual”³⁹. Según sostiene la profesora brasilera, este principio “hace despuntar la igualdad entre hermanos biológicos y adoptivos y el respeto de sus derechos fundamentales. El sentimiento de solidaridad recíproca no puede ser perturbado por la preponderancia de los intereses patrimoniales”⁴⁰.

Ciertamente “(e)l afecto no es fruto de la biología. Los lazos de afecto y de solidaridad derivan de la convivencia familiar, no de la sangre. Así, se posee el estado de hijo nada más con el reconocimiento jurídico del afecto, con el claro objetivo de garantizar la felicidad, como un derecho a ser alcanzado. El afecto no es solamente un lazo que ata a los integrantes de una familia. Igualmente tiene una vis externa, entre las familias, poniendo humanidad en cada familia, componiendo (...) la familia humana universal, cuyo lazo es la aldea global, cuya base es el globo terrestre, mas cuyo origen siempre será, como siempre fue la familia”⁴¹.

La sensibilidad de los asuntos familiares conlleva a que los jueces a la hora de solventar las litis entabladas, vayan más allá del dictado de una norma legal, y busquen en el afecto y la solidaridad humana, expresión además del principio de dignidad humana la posible so-

po, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socioafectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del *status* del hijo como un excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera ‘desbiologización’ de la filiación haciendo que la relación paterno - filial no sea atrapada sólo en la transmisión de genes (...) cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes”. Sobre el tema vid. también el enjundioso trabajo la profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, titulado: “Identidad biológica versus paternidad socio-afectiva en las acciones de impugnación de la filiación llamada ‘por naturaleza’”, en *Revista Jurídica de la Asociación de Defensores públicos de Paraguay*, No. 1, 2017, pp.19 y ss.

38 DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das famílias*, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, Thomson Reuter Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 72.

39 *Idem*, pp. 72-72.

40 *Ibidem*, p. 73.

41 *Ibidem*, p. 73.

Como esgrime Anderson de Souza PINTO, “El Derecho pasa de una visión moderna a una postmoderna, dejando de tutelar apenas las relaciones materiales y patrimoniales de las personas para entonces asumir los bienes e intereses de naturaleza inmaterial relacionados con los derechos de la personalidad, surgiendo así el afecto como valor a ser protegido por el Derecho”⁴⁵.

Otros autores brasileros resaltan que “la relevancia del afecto en relación con su valor jurídico varió al discurrir el tiempo, habiendo dos momentos básicos distintos, en un primer momento, cuando la presencia del afecto en las relaciones de familia era considerada

quien no tiene vínculo jurídico con el niño, niña o adolescente, sobre la base de la socioafectividad, aplicando sus fundamentos.

Entre los fallos relacionados en su investigación destaca – según refieren los propios autores, el dictado por la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, expediente caratulado “S., V. M. s. Materia a categorizar, 29/11/2016, publicado por Rubinzal Online Cita: RC J 6831/16. Aquí el Sr. Juez de Primera Instancia dicta sentencia resolviendo hacer cesar la guarda con fines de adopción y fija una cuota alimentaria a favor de la niña. V. M., S. a cargo de la Sra. A. V. P., por el monto de pesos cuatro mil (\$ 4000) mensuales, hasta nueva resolución, la que deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente. Finalmente también le ordena el mantenimiento de la cobertura de una obra social de similares características a la que contaba. Dicho pronunciamiento es apelado por la Sra. A. V. P. La Cámara rechazó los agravios expresados por la apelante en virtud de que la guarda preadoptiva fue interrumpida intempestivamente por la recurrente, y, por otro lado, modificó la resolución recurrida por cuanto la misma no establecía un plazo para tal obligación, fijándose en el de un año desde el cese de la guarda. Entre los argumentos expresados se sitúan que: *“si bien la recurrente no llegó a ser madre adoptiva de la niña si ha existido, durante el lapso de un año, un vínculo socio afectivo que se fue formando a partir del día en que la apelante asumió voluntariamente la obligación de ser la guardadora de la niña, y que a partir de la decisión asumida por la guardadora se ha visto interrumpido, ocasionando un daño en la vida de la menor, por lo que se debe considerar a la guardadora como “madre solidaria” o “progenitora afin” (art. 676, Código Civil y Comercial). En este sentido, si bien el trato del progenitor afin es asimilable al de un padre, el de la guardadora que asumió el cuidado de la niña con la específica finalidad de emplazarse en el estado de familia de progenitora es superior, pues se crea -en estos casos de guarda- un vínculo inclusive más cercano que el del progenitor afin, porque la guardadora le ha dado a la niña un trato de hija propia. Por otro lado, cabe tener presente que se encuentra acreditado que el cese de la guarda resultó intempestivo, es decir, la apelante decidió la ruptura intempestiva de la relación de familia o de ‘progenitora afin’ que mantenía con la niña, con la cual convivió un año, causando a la menor un perjuicio, situación que se califica como un auténtico ‘daño’ en tanto lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737, Código Civil y Comercial). Por último, cabe aplicar al caso el inc. f, art. 3, Ley 26061, por cuanto más allá de los derechos que crea lesionados la recurrente, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquélla con los intereses superiores de la niña, es esta última el eje en el cual debe girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección”. Vid. a tal fin para un estudio de esta caso y de otros casos jurisprudenciales similares, GUTIÉRREZ GOYOCHEA, Verónica y Matías NERI, “Alimentos y relaciones socio-afectivas que no configuran parentesco. Experiencia jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, No. 78, 2017 (en edición aún).*

45 PINTO, Anderson de Sousa, “O valor jurídico do afeto e sua demonstração como fundamento para constituição de vínculos familiares e novas famílias”, en *Revista Aporia Jurídica* (on-line), Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage, 5ª edição, Vol. 1 (jan/jul-2016), p. 270.

como inherente al organismo familiar, esto es, presumida, y, en otro momento, en que su presencia se tornó esencial para dar visibilidad jurídica a las relaciones de familia⁴⁶. Es en este segundo momento, cuando la presencia del afecto se erige en componente diferencial para que una entidad familiar fuera reconocida como tal, el afecto ocupó así un papel protagónico en el ámbito del Derecho familiar.

Se trata de que el afecto es el sustento de las nuevas relaciones familiares, por encima del componente biológico, con ello se pretende que al ser recepcionado por el Derecho, se acompasa a la sociedad y a los cambios que en ella han operado en las últimas décadas, con innegable repercusión en el entorno familiar⁴⁷.

En sentido general, es dable apuntar que “(l)a afectividad es un factor inherente a los seres vivos, como condición de relacionamiento y socialización, en especial de los seres humanos, tenemos el afecto como herramienta para el desenvolvimiento de la personalidad con repercusión directa sobre la vida social y política”⁴⁸.

En fin, “(l)a validación de los sentimientos, el reconocimiento de la afectividad, sea como comportamiento social, sea como relación material, y la valorización de la subjetividad por el Estado-juez, trajo al escenario de la postmodernidad la posibilidad de la aplicación de un Derecho más amplio, eficaz y válido.

“La ruptura con el dogmatismo y el extremismo del positivismo, dio margen a la aplicación del Derecho conforme con sus reales necesidades sociales e individuales pues ha permitido la valorización de las relaciones de forma subjetiva y única, de acuerdo con los intereses y los subjetivismos que las relaciones necesitan, con independencia de estar o no literalmente descritas en un texto legal”⁴⁹.

Categorías como la convivencia afectiva se ha impuesto en las nuevas estructuras familiares que hoy tienen cabida en un Derecho de las familias, cada más pluralista e inclusivo, cada vez más transversal, que rompe esquemas dogmáticos, trazados *more geométrico*.

46 ROSA, Catarina Mariano, y Sérgio Tibiriçá AMARAL, “O afecto no Direito de família”, p. 6, en <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1667/1594>, consultado el 26 de marzo de 2017.

47 MATOS SILVA, André Luís y Anna Carolina TONON DA CUNHA, “Teoria do afecto: a nova moldura familiar”, *passim*, en http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/12/teoria_afeto.pdf, consultada el 27 de marzo de 2017.

48 PINTO, A. de S., “O valor jurídico...”, p. 271.

49 *Idem*, p. 273.

No obstante como apunta VARGAS SIMÕES “Sabemos que el legislador no tiene como crear o imponer la afectividad como regla erga omnes, pues esta surge de la convivencia entre personas y la reciprocidad de sentimientos”⁵⁰. A juicio de este propio autor, criterio que también sigo “(l)os padres y los hijos no están unidos apenas por lazos de sangre, sino también por amor, cariño, afectividad, respeto, cuidados y sentimientos de prosperidad, toda vez que la responsabilidad es función de esos verdaderos padres afectivos, tan importante. Nada los vincula o los obliga a la crianza y al desenvolvimiento del amor por esos hijos, mas apenas lo hacen por ser esta una voluntad que surge del afecto, del amor”.⁵¹

En fin, “la afectividad es una construcción cultural, que da en la convivencia, sin intereses materiales, que apenas secundariamente emergen cuando ella se extingue. Se revela en un ambiente de solidaridad y responsabilidad. Como todo principio ostenta franca densidad semántica, que se determina por la mediación concretizadora del intérprete, ante cada situación real. Puede ser así traducido: donde hay una relación o comunidad unidas por lazos de afectividad, siendo estas su causa originaria o final, habrá familia”⁵².

Tal afectividad y su contrario, la desafectividad, ya han llegado a algunos casos judiciales. Así, el primer caso en la jurisprudencia brasilera ocurrió en Minas Gerais, donde la parte actora mantuvo contacto con su padre hasta la edad de 6 años. Tras el divorcio de los padres y el nacimiento de una hermana, de una nueva relación de su padre, este se apartó totalmente de su hijo, permaneciendo, tan solo pagando los alimentos. El hijo accionó por daños morales, lo cual fue declarado improcedente en la primera instancia, sin embargo el Tribunal de Justicia (segunda instancia) declaró que “*el dolor sufrido por el hijo, en virtud del abandono del padre, que le privó del derecho a la convivencia, al amparo afectivo, moral y psíquico, debe ser indemnizable sobre la base del principio de dignidad de la persona humana*”, condenando al padre al pago de 200 salarios mínimos⁵³.

50 VARGAS SIMÕES, Thiago Felipe, “La familia afectiva – El afecto como formador de la familia” (pdf), en <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>, consultado el 27 de marzo de 2017.

51 *Idem*.

52 LOBO *cit. pos* DE OLIVEIRA PEREIRA, T. M. A., “El afecto en el Derecho...”, *cit.*

53 Según lo explica OLIVEIRA PEREIRA, T. M. A., “El afecto en el Derecho...”, *cit.*

En el Derecho cubano, la afectividad empieza a vislumbrarse en varios fallos judiciales, aun cuando no haya sido *ratio decidendi* de ellos, ni su ausencia, motivo de indemnización.

- En la Sentencia No. 189 de 20 de junio de 2008 (ponente Acosta Ricart) que resuelve un recurso de casación, de manera adversa a la recurrente, cuyo fondo del asunto es la variación del régimen de comunicación del padre para con su hijo, se hace referencia al derecho de comunicación que el padre ha de tener para con su hijo, de *“su importancia y función en cuanto a la **formación de valores** en el menor”*.

- En la Sentencia No. 941 de 26 de diciembre de 2014 (ponente Acosta Ricart) en la que se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por la madre, contra la sentencia del tribunal de segunda instancia que revocó la sentencia del tribunal de primera instancia, disponiendo la guarda y cuidado del hijo varón a favor del padre y de la hija mujer, a favor de la madre, con el respectivo régimen de comunicación de ambos progenitores, respecto del hijo que no tienen bajo su guarda y cuidado, el Alto Foro en apoyo de la sentencia del tribunal provincial, reconoce respecto del padre y su hijo varón, que no fue acreditado en la instancia que el padre y la familia paterna, en la cual se apoya *“no los hubiere **cuidado con esmero**”*, sinónimo de diligencia, desvelo, especial afecto.

- En la Sentencia No. 502, de 19 de agosto de 2015 (ponente Valdés Rosabal) que declara SIN LUGAR el recurso de casación establecido ratificando la sentencias dictadas en primera y segunda instancia que habían resuelto acceder a la pretensión de la madre, en ejercicio de la patria potestad de la que es titular, de que su hijo, adolescente, pueda visitarle temporalmente a Estados Unidos, país en el que reside. La madre desde su partida hacia Estados Unidos había mantenido una constante y continua comunicación con su hijo, a quien visitaba en Cuba con regularidad. El Alto Foro aduce en dicha Sentencia que *“la necesaria comunicación entre estos de forma alternativa (...) no puede quedar sometida únicamente a las visitas de aquella al territorio nacional, por frecuentes que resulten, sino también a la viable realidad de que al menor le sea factible relacionarse **afectivamente** con ella en el país en que se encuentra domiciliada”*, además sostiene que esta decisión contribuye a lograr *“el supremo beneficio que para el*

*hijo de las partes representa **disfrutar física y directamente el cariño** que le profesa su madre”.*

- En la Sentencia No. 852 de 30 de diciembre de 2015 (ponente León Rivas) se habla de “**necesidades afectivas**” y “**de grave desatención**” a una menor de edad, las primeras para hacer referencia a que el padre, aun cuando no reside en el país, su ausencia no podrá colmar la plena satisfacción de tales necesidades, si bien tampoco quedó demostrado que desatendiera a la menor, situación que de tornarse grave, se reserva, con carácter excepcional por el legislador, para privarle de la patria potestad, lo que no fue declarado así en el asunto fallado por el Alto Foro.

- En la Sentencia No. 321 de 16 de abril de 2016 (ponente Arredondo Suárez) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de segunda instancia, que ratificó a su vez la sentencia dictada por el tribunal municipal competente y a cuyo tenor se dispuso un régimen de comunicación de la abuela materna con su nieta, cuya progenitora había fallecido, al reafirmarse la posición de los tribunales inferiores, se valida el ejercicio de la acción por la abuela, amparada en la Convención de los derechos del niño, y en concreto, el interés superior del menor, reafirmandose la necesidad de fortalecer los vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona, del menor, “*lo que se traduce en la exigencia de preservar para el futuro, como parte de su desarrollo integral, **afectos, intereses y sentimientos***”. En la propia Sentencia se puntualiza además, respecto de la menor, el “*resultar favorable que reciba el **afecto, atenciones y enseñanzas de la abuela materna con sistematicidad y amplitud***”.

- En la Sentencia No. 847 de 8 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) relativa precisamente al ejercicio de la patria potestad, concretada la pretensión del padre de un hijo, menor de edad, en que se le autorizara a tramitar ante las autoridades competentes la obtención de pasaporte para el menor y que se le permitiera sacarlo del territorio nacional para asentarse junto a él en el país en que reside la familia paterna (en el caso Canadá), frente a una madre, a la cual se le ha restringido el ejercicio de la capacidad, en razón de la esquizofrenia paranoide que padece, el Supremo Tribu-

nal ha declarado CON LUGAR el recurso interpuesto por la tutora de la madre del menor⁵⁴, aduciendo en la sentencia de casación el Alto Foro, respecto de la madre del menor que esta aun en el período de crisis de su padecimiento no se despreocupó “*de cumplir sus deberes y de prodigarle afecto a su hijo*”, lo que motivó a que se adujera en la propia sentencia, que dicho particular “*no cabe dudar que es beneficioso para este mantenerse en el entorno materno*”.

- En la Sentencia No. 891 de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) que resuelve el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores de edad, contra la sentencia del Tribunal Provincial que declaró SIN LUGAR la demanda que ella interpusiera interesando la privación de la patria potestad del padre sobre los menores hijos, se rechaza la pretensión de la actora, a partir de la falta de entidad suficiente de los hechos narrados en la demanda, según las pruebas practicadas durante la sustanciación del proceso en la instancia, reiterando el Alto Foro los fundamentos pronunciados en la Sentencia de 16 de abril de 2016, ya referenciada, en el sentido de la necesidad, respecto de los menores, de “*preservar para el futuro, como parte de su desarrollo integral, afectos, intereses y sentimientos*”.

- Por último, en la Sentencia No 214, de 31 de marzo de 2017 (ponente Alfaro Guillén) por la cual se declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la abuela que reclama la guarda y cuidado de sus dos nietas, menores de edad, cuyos progenitores residen en el extranjero, brindándole el padre, favorecido en ambas instancias con la guarda y cuidado de las hijas, esporádica atención a estas, se aduce de manera censurable, respecto de los fallos de los tribunales de instancia de un “*predominio en el enfoque patrimonialista del fenómeno*”, en tanto que en la segunda Sentencia o Sentencia de instancia, el Supremo Tribunal recalca, a modo de juicio valorativo, la necesidad de estabilidad emocional de las menores y la trascendencia que las etapas tempranas de formación de la personalidad tienen para la “*conformación de valores y esencia del individuo*”.

.....
54 El recurso fue interpuesto cuando la progenitora todavía estaba declarada judicialmente incapacitada. A esta, por Sentencia No. 752 de 30 de septiembre de 2016 del propio Tribunal Supremo, le fue restringido el ejercicio de la capacidad, suprimiéndosele el régimen de tutela a que estaba sometida y, en su lugar disponiéndose el establecimiento de apoyos, al amparo de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

3.2. La “oxigenación” que ofrece el Derecho convencional. Especial referencia a la aplicación del principio del interés superior del menor

En el nuevo Derecho familiar que se va erigiendo en clave judicial ha desempeñado un papel protagónico la aplicación directa de los tratados internacionales⁵⁵. Tema, que sin dudas ha sido muy polémico.

Como aduce en la muy reciente doctrina patria ROMERO PUENTES “(e)n cuanto a la forma de incorporación al derecho interno, el tratado puede ser auto-aplicativo (self-executing) o no aplicativo. Como ya se conoce, con base en el principio de la soberanía de los Estados, los mismos necesitan la cumplimentación de ciertos aspectos formales para poder ingresar al orden jurídico interno de los Estados, dependiendo del sistema de recepción. Sin embargo, esta regla no es aplicable a todos los tratados. Hay tratados sobre ciertas materias que no necesitan de acto formal alguno para ser vinculantes a los órganos internos de los Estados”.

“Ciertamente, existen contenidos como los relativos a (...) los derechos humanos que se han aplicado directamente por los tribunales nacionales. En Cuba (...) no se identifica alguna norma que prohíba la aplicación directa de ciertos tratados internacionales que tengan las características antes mencionadas. No obstante, a la práctica judicial dejamos la última palabra”⁵⁶.

Parece ser que la práctica judicial, en efecto, ha tenido la última palabra y ha acudido a los tratados internacionales para colmar las lagunas que el Derecho interno familiar cubano tiene⁵⁷, de modo que determinadas acciones familiares han sido ejercitadas con éxito, precisamente amparadas en tratados internacionales como la Convención de los derechos del niño o en otro caso, enervadas sobre la

55 Sobre el tema, en el Derecho patrio, *vid. per omnia*, DIHIGO, Ernesto, “Valor de los tratados ante los tribunales nacionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XXXVIII, No. III (100), julio-septiembre 1956, pp. 32-54.

56 ROMERO PUENTES, Yunier, *Derecho internacional público. Parte general*, p. 175 (en imprenta).

57 También DIHIGO concluía en su trabajo que los tratados internacionales, para ser válidos y efectivos ante los tribunales nacionales, habrían de ser aprobados conforme con las reglas constitucionales de cada país y para surtir efectos en relación con los individuos particulares, habrían de ser debidamente promulgados o publicados. En la nota (18) del trabajo, el autor consigna sentencias y autos en los que los tribunales (de instancia) o el propio Tribunal Supremo habían interpretado y aplicado tratados internacionales. *Vid.* DIHIGO, E., “Valor de los tratados...”, *cit.*, pp. 53 y 41, respectivamente.

base de la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Siendo ambos tratados, de derechos humanos, y en consecuencia tratados autoaplicativos, tras su ratificación por la República de Cuba, forman parte del Derecho aplicable por los tribunales cubanos.

Cabe significar en este orden el valor atribuido al principio del interés superior del menor, regulado en el artículo 3.1 de la Convención de los derechos del niño, el cual ha sido la clave en varios fallos judiciales para el resultado procesal esperado y buscado, “*elemento determinante en toda la satisfacción de situaciones en las que se vean involucrados*” menores (Sentencia No. 214 de 31 marzo de 2017, ponente Alfaro Guillén). El principio mencionado se ha erigido en llave maestra que moldea el actuar de los jueces y acomoda la decisión judicial a lo que resulte en cada momento más beneficioso para el menor, o sea, la atención del interés del menor como brújula orientativa que capta el decir judicial y ubica los intereses de las partes en litis solo tras la determinación de lo que pueda ser de mayor utilidad para el menor. Como sostiene el profesor español DE TORRES PEREA, quien ha hecho un estudio del principio desde el Derecho alemán, “(s)e trata éste de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: Por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable”⁵⁸.

Por su parte CILLERO BRUÑOL lo considera un principio garantista que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimarlo como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra

58 DE TORRES PEREA, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, volumen 59, número 2, 2006, p. 676.

concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen prerrogativas que deben ser respetadas, o dicho de otro modo, antes de tomar una medida respecto de ellos deben adoptarse aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen⁵⁹.

Así, la Convención de los derechos del niño ha sido aplicada por el Tribunal Supremo:

- a) como muro de contención del ejercicio de los derechos que la patria potestad deriva para los padres, a partir de la aplicación del principio del interés superior del menor:

Un ejemplo de ello lo es la Sentencia No. 941, de 26 de diciembre de 2014 (ponente Acosta Ricart) que resuelve un conflicto relativo a la determinación de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de dos menores de edad, atribuida aquella al padre respecto de su hijo varón, y a la madre en relación con su hija mujer. El Alto Foro aplica la Convención y concretamente el citado principio del interés superior del menor definiéndolo como *“todo lo que contri-*

59 CILLERO BRUÑOL, *cit. pos* PANATTI, Marcela Virginia, y Soledad Pennise IANTORNO DE MACHADO, “Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial”, Año VIII, No. 1, febrero 2016, p. 11.

Es oportuno acotar que el Comité de los Derechos del Niño a raíz de que se dictara la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración en cuanto al concepto del interés superior del niño, establece que su objetivo es el de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. De tal forma que al aplicar este concepto deba efectuarse un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. Lo cual refuerza —como se dijo— la idea de un concepto integrador.

En esta línea el Comité caracteriza al interés superior como un concepto dinámico que puede entenderse en tres dimensiones, como:

- a) *derecho sustantivo*: implica el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, y configura una garantía de que ese derecho se pondrá se efectivice siempre al tomar una decisión que involucre a un niño o a un grupo de niños concreto o en general;
- b) *principio jurídico interpretativo fundamental*: puede acudirse a él como pauta hermenéutica en caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación, optándose por aquella que satisfaga de manera más efectiva tal interés. Siendo el marco interpretativo los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos; y
- c) *norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. *Vid.* Observación General N° 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, en concreto parágrafos 6 y 11, referenciada por las propias autoras citadas, p. 12.

buye a mejorar o evitar un perjuicio en su esfera psicológica y biopsicosocial, tomando como base su edad, y su estado de desarrollo físico e intelectual". En ella se deja claro que dicho principio se erige en "el límite más importante al ejercicio de la patria potestad", de modo que "los padres como depositarios genuinos de todos y cada y uno de esos derechos que la integran, solo encontraran limitaciones a su ejercicio en el interés superior de los hijos menores". Igualmente la Sentencia No. 21, de 31 de enero de 2017 (ponente Acosta Ricart), que resuelve, declarando SIN LUGAR, el recurso de casación interpuesto, y en consecuencia, se confirma la sentencia de instancia por la que no se dio lugar a la pretensión de privación de la patria potestad de una madre que había atentado contra la vida de su hija, menor de edad, probado que la madre, padecía de esquizofrenia paranoide, razón por la cual fue considerada inimputable, y eximida de la responsabilidad penal, si bien se adoptó la medida cautelar de que la menor se mantuviera bajo el cuidado de su padre. El Alto Foro ponderó de racional el actuar del tribunal de instancia al no privarle a la madre, en estas circunstancias de discapacidad psíquica, de la patria potestad, basado de nuevo en el interés superior del menor, regulado en el artículo 3.1 de la Convención.

- b) Como sustento de la interpretación evolutiva del Derecho, para apartar la aplicación de un precepto concreto del Código de Familia

Es el caso de la Sentencia No. 434 de 17 de julio de 2015 (ponente Valdés Rosabal) que declaró CON LUGAR el recurso de casación interpuesto, favoreciendo que una madre, declarada judicialmente incapacitada, no fuera suspendida del ejercicio de la patria potestad, aún el dictado literal del artículo 94 del Código de Familia. La juez ponente en esta histórica sentencia, deja a un lado el dogmatismo y la exégesis del Código de Familia, para, sustentándose, además, en una interpretación evolutiva del Derecho, dar prevalencia a los artículos 3, 9 y 18, primer párrafo, de la Convención de los derechos del niño, y los artículos 35 y 38, primer párrafo, de la Constitución de la República, para lo cual arguye en la Sentencia de casación que "en el sensible mundo de los menores de edad, antes de recurrir a la aplicación mediante la interpretación literal de una norma jurídica, no puede distanciarse el juzgador del contexto en que la aplica, que en el específico caso que se dilucida, no cabe dudar la interpretación

evolutiva que corresponde de su contenido, en correspondencia con la situación fáctica incorporada como cierta a la sentencia, de modo que posibilite adoptar loablemente la decisión más justa, sin extravasar los límites de la norma o moldearlos a fin de ofrecer una tutela excepcional, que defina la línea a seguir de cara a una impartición de justicia particularizada (...)”.

Igualmente en la Sentencia No. 751, de 30 de septiembre de 2016 (ponente Acosta Ricart) que declaró CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la abuela paterna de una menor quien reclamaba la guarda y cuidado de la nieta, cuyo padre estaba recluido en centro penitenciario, extinguiendo medida privativa de libertad, en tanto la madre no tenía las condiciones necesarias para el cuidado de la hija, resultando además que, la vivienda en la que residía dicha progenitora carecía de las condiciones mínimas para desarrollar una vida normal, agravado por tratarse de un hogar disfuncional, donde además residía la abuela materna de la menor aquejada de alcoholismo. Nuevamente el principio del interés superior del menor, brújula orientativa no solo en materia en Derecho familiar, consagrado este en el ya tantas veces citado artículo 3.1 de la Convención de los derechos del niño, se convierte en fundamento para integrar el Derecho y colmar la fórmula parcamente esbozada en el artículo 89 *in fine* del Código de Familia, a cuyo tenor en circunstancias excepcionales es dable atribuir la guarda y cuidado de un menor de edad, a personas distintas de los padres, como puede ser la abuela paterna. En este caso se intenta aplicar una interpretación evolutiva de la norma, a partir del enunciado del artículo 3.1 de la Convención. De ahí el razonamiento judicial contenido en esta Sentencia de que *“ante la posición estática de la norma, la dialéctica de las situaciones de la vida se imponen, y obliga a que se adopten decisiones racionales en correspondencia con aquellas; es por ello, que sólo circunstancias muy excepcionales, justificarían la concesión de la custodia de un menor a persona distinta a sus padres, en este caso a la abuela (...)*”.

c) En función integrativa del Derecho, dada la existencia de una laguna legal

Así, la Sentencia No. 683, de 30 de octubre de 2015 (ponente León Rivas), que declaró SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal provincial que declaró CON LU-

GAR la demanda reconvenional que en su momento interpuso la abuela materna de los menores de edad, cuya hija (madre de sus nietos) había sido asesinada por el padre de dichos menores de edad. En el motivo sustentado en el recurso se acusaba como infringido el artículo 95 del Código de Familia en el concepto sucinto de que la abuela carecía de legitimación para interesar la privación de la patria potestad del padre, de seguirse *ad pedem literae* la letra de dicho precepto. El Alto Foro valida la legitimación procesal de la abuela en casos como este para lo cual invoca, en función integrativa del Derecho, la Convención de los derechos del niño como plataforma jurídica para hacer valer los derechos del menor, dando prevalencia a la justicia material del caso frente al formalismo legal y al positivismo. En dicha Sentencia se deja sentando que “*se atempera la incursión de la abuela materna del menor no recurrente, como legitimada para el ejercicio de la acción de privación de patria potestad por el aludido cauce reconvenional, en la posición de tercero interviniente, pero no como una facultad que le corresponda en virtud de lo establecido en el artículo noventa y cinco del Código de Familia, sino como posibilidad de proceder racionalmente en defensa de los intereses del menor, en armonía con las especiales reglas de protección que estipula la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de mil novecientos ochenta y nueve, de la que Cuba es signataria; que resultarían inoperantes si no fuera viable el acto procesal de parte que se cuestiona para la protección de sus derechos, porque debe atenderse en principio, aunque resulte de modo excepcional ante casos de tanta connotación familiar con trascendencia al ámbito social de superior rango, que no debe prevalecer en su enjuiciamiento el formulismo sobre lo justo*”.

Igualmente, la Sentencia No. 321 de 29 de abril de 2016 (ponente Arredondo Suárez), que declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto, ratificando la sentencia del tribunal de segunda instancia que, igualmente, declaró SIN LUGAR, el recurso de apelación, en su día interpuesto, confirmándose la sentencia del tribunal de primera instancia en el sentido de establecer un régimen de comunicación de la nieta con la abuela. Tómese en consideración que el Código de Familia cubano no regula lo relativo al régimen de comunicación de los nietos con sus abuelos, lo cual no es óbice alguno para que se atienda una demanda en tal sentido. En esta sentencia, además de aplicar el apartado 6º de la Instrucción 216,

de 17 de mayo de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, el Alto Foro aplica, en función integrativa del Derecho, la Convención de los derechos del niño y para ello sustenta que “*lejos de existir el vacío que acusa el casacionista, por no regularse el accionar por los abuelos en los preceptos cuya infracción acusa, devienen aplicables las enunciadas normas, por demás de obligada observancia, en el caso del instrumento internacional, por resultar Cuba signataria, y las novedosas indicaciones aplicables por los jueces, tratándose en definitiva de pretensión derivada del derecho legítimo de la propia menor, aun cuando lo ejercite la abuela, en correspondencia con la especial protección, de rango constitucional, que el Estado dispensa a la familia como eje básico de la sociedad y, en particular, a la niñez y la juventud, todo lo cual determina que la actuación de los órganos judiciales en tales asuntos requiera una proyección amplia y esencialmente humanista, teniendo como premisa el considerar al niño como sujeto de derechos, atender su interés superior, su derecho a la biparentalidad y a relacionarse con sus abuelos y demás familiares (...)*”.

También las convenciones internacionales pueden ser interpretadas y aplicadas en función enervante del derecho ejercitado por las partes en un proceso judicial, caso paradigmático lo constituye la Sentencia No. 892, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suarez), que declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la miembro femenina de una pareja, que había mantenido con singularidad, estabilidad y aptitud legal para ello una unión matrimonial no formalizada, durante un largo período de tiempo, sin ruptura entre ellos, reconocida en primera instancia por el tribunal municipal competente y luego ratificada por el tribunal provincial, período en el cual la mujer sufrió agresión verbal e incluso física de su pareja, que le llevaron a la humillación, conculcándose los deberes y derechos que en el orden personal deben ser cumplidos en una situación matrimonial (*vid.* artículo 25 del Código de Familia), o como la presente en una unión de hecho que pretende sea reconocida *a posteriori* como matrimonio, con los efectos que en Derecho tiene tal reconocimiento. Precisamente la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la que Cuba es signataria constituyó el pivote, en que se sustenta la *ratio decidendi* de esta Sentencia, de modo que al ser el matrimonio una institución de orden público, de innegables ribetes sociales y no superar el cumplimiento de los de-

beres y derechos que en el orden personal deben atender los miembros de una pareja para comportarse como tal y pretender en un futuro el reconocimiento de la unión como matrimonio, obviando el juzgador tal desatención, supondría, al decir del Alto Foro, “*que se avalara la violencia por razón de género, conducta rechazada por la comunidad internacional y proscrita por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, instrumento de corte internacional del cual nuestro país es signatario, de manera que no resiste distinto análisis el desacierto que se advierte en la decisión de la sala de instancia*”. En conclusión, probada la violencia de género perenne durante la vida de la unión matrimonial no formalizada, se enerva entonces la acción encaminada al reconocimiento como matrimonio de esa unión matrimonial no formalizada basada en la conculcación de los derechos de la mujer.

3.2.1. El carácter excepcional de la privación de la patria potestad. La defensa al derecho del menor a la biparentalidad

La función que desempeña la patria potestad para el normal desarrollo de los menores ha sido una constante en las sentencias de los últimos años del Tribunal Supremo. Considerada como la más severa sanción en el ámbito familiar, la posición del Alto Foro, es la de aplicarla con carácter excepcional, refugiado en el principio del interés superior del menor. Ha de ser extraordinariamente grave la falta atribuida al progenitor o progenitora respecto de su hijo para que prospere una demanda en la que el *petitum* se concentra en la privación del ejercicio de la patria potestad. Concebida “*como el conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos, recogidos en el artículo ochenta y cinco del Código de Familia (...) en el lenguaje del derecho comporta por sí un poder con especiales limitaciones funcionales; que se ejerce siempre en beneficio de los hijos (...)*” (Sentencia No. 21 de 31 de enero de 2017, ponente Acosta Ricart), “*su fundamento descansa en la función tuitiva de su ejercicio en interés del menor, lo que implica indefectiblemente el acomodar la potestad de padre y madre a las concretas circunstancias y necesidades del mismo a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones excepcionales, tanto de la figura del padre como de la madre, de ahí que la evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carác-*

ter privado,- en beneficio de los progenitores-, en una función tuitiva de carácter social y de orden público,- en beneficio de los menores-, con el control del ejercicio, por lo que dicha transformación ha condicionado la modificación de su naturaleza jurídica, a configurarse como un conjunto de poderes, destinados a cumplir determinados deberes y obligaciones que por ley les vienen impuestos a los padres; por otra parte entre los principios fundamentales que informan la institución están el de igualdad de los progenitores,- función dual y la intervención del juez para salvaguardar el interés de los hijos sujetos a la patria potestad” (Sentencia No. 70 de 24 de febrero de 2011, ponente Díaz Tenreiro).

Como también se ha dejado dicho en la Sentencia No. 891, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) en la que se ratifica la sentencia del tribunal de instancia que no accedió a la privación de la patria potestad del progenitor, “*no cabe dudar que a la luz de la Convención de los Derechos del Niño la guía de cualquier decisión debe ser el interés superior del menor, lo deseable es sobrepasar cualquier postura negativa en beneficio de estos y mantener la biparentalidad, teniendo en cuenta que se encuentran en juego vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona de los infantes, lo que se traduce en la exigencia de preservar para el futuro, como parte de su desarrollo integral, afectos, intereses y sentimientos, ello debe dar lugar a que se estrechen las relaciones entre todos los familiares involucrados para coadyuvar a que no se afecte la estabilidad emocional de los menores”.*

Precisamente esta excepcionalidad de la privación del ejercicio de la patria potestad va de la mano de uno de los derechos que hoy se enarbolan en instrumentos jurídicos internacionales y las legislaciones internas de contenido familiar. Me refiero al derecho de los menores de edad a vivir en armonía con ambos progenitores, y con ellos con sus familias materna y paterna. El niño, en pos de un adecuado ajuste de su personalidad, debe establecer lazos familiares con ambas familias, estar proveído además de ambos roles, el materno y el paterno y no ser condenado a una “orfandad en vida”, premeditada por uno de sus progenitores, cuando tras la separación de la pareja conyugal se pretende que dicha separación se extienda a la pareja parental. Se intenta entonces invisibilizar al progenitor con el que no se convive, y con ello se condena también a la familia de ese progenitor, tendiendo a la unilateralidad en la formación de

los componentes parentales. Como deja dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia No. 653, de 28 de diciembre de 2007 (ponente Acosta Ricart) *“la madre o padre que no ostenta la guarda y custodia necesita y tiene derecho a la comunicación con su hijo, sin obstáculos, pero más aún lo necesita el menor, no basta solo con el cariño y dedicación de quien los tenga a su abrigo, incluso del resto de los miembros de la familia; se trata de un sistema en el que cada uno de los padres tiene su importancia y función en cuanto a la formación de valores en el menor”*. La privación, con carácter excepcional, del ejercicio de la patria potestad y el fortalecimiento del derecho de comunicación con los hijos, son dos expresiones concretas de abogar por la defensa del derecho a la biparentalidad, *“el régimen de comunicación tiene como función fomentar un vínculo estrecho de confianza y amistad entre el padre y su hijo, las interferencias u oposiciones de uno de los progenitores a las visitas del otro puede tener efectos patológicos en los niños (...) en definitiva la comunicación es un derecho supeditado en todo caso al interés del menor, por ser el más meritorio de protección, lo cual debe ser prioridad por encima de cualquier valoración, incluida la causa de la ruptura de la pareja, la culpabilidad de cada miembro, de sus enfrentamientos o resentimientos personales, todo ello debe ser cuestión que debe estar ajena a las relaciones del menor con su padre; (...) no basta sólo con el cariño y dedicación de la madre incluso del resto de los miembros de la familia; se trata de un sistema en el que cada uno tiene su importancia y función en cuanto a la formación de valores en el menor, por eso cuando la madre, innecesariamente decide asumir sola la crianza de su hijo, extirpando al padre de la vida de este, y con él a la familia paterna, está cometiendo, además de una injusticia, un error irreparable (...)”* (Sentencia No. 189, de 20 de junio de 2008, ponente Acosta Ricart).

En fin, como lo resume la Sentencia No. 891, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez), tantas veces citada, *“la guía de cualquier decisión debe ser el interés superior del menor, lo deseable es sobrepasar cualquier postura negativa en beneficio de estos y mantener la biparentalidad, teniendo en cuenta que se encuentran en juego vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona de los infantes”*

3.2.2. Improcedencia de la suspensión de la patria potestad a la madre de un menor, declarada judicialmente incapacitada

Entre las sentencias más significativas dictadas en estos últimos años, destaca la No. 434, de 17 de julio de 2015 (ponente Valdés Rosabal), en la que con valentía se defiende la tesis de no suspender el ejercicio de la patria potestad a una madre que, al momento de dictarse la sentencia, tiene privado el ejercicio de la capacidad jurídica y está sometida a un régimen de tutela. La Sentencia desafía el sentido literal del artículo 94 del Código de Familia, como ya he explicado y aplica la Convención de los derechos del niño. No obstante, se siente la ausencia en la fundamentación legal del fallo de la aplicación también del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, de la que Cuba también es parte. No quiero ser reiterativo con lo que ya he expresado sobre esta Sentencia y los elogios que merece. Destaca la interpretación evolutiva o sociológica del Derecho, de manera que el artículo 94 del Código de Familia que dispone preceptivamente la suspensión del ejercicio de la patria potestad ha de interpretarse conforme con los dictados de la *communis opinio* en el momento en que se aplica, o sea, el año 2015, y no conforme con el momento en que se dictó, cuarenta años antes. Los jueces toman en cuenta el principio de afectividad, tal y como expliqué *ut supra*, evidenciado en la manera en que fue tratado el menor por su madre, que aún incapacitada judicialmente, supo prodigarle afecto en todo momento, evidenciando su papel de madre en las peores circunstancias que la vida pudo depararle. Como axioma básico, derivado de la aplicación de la Convención de los derechos del niño, el Tribunal Supremo deja sentado en esta sentencia que “*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (la del niño), debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”, “*en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar*”, y en consecuencia, en el caso que se ventiló, había que aplicar no solo el Código de Familia con una mirada sociológica, de perspectivas, de futuro, sino también la Convención de los derechos del niño, de modo que – como se aduce en la Sentencia *in commento* –, “*en el sensible mundo de los menores de edad, antes de recurrir a la aplicación mediante la interpretación literal de una norma jurídica, no puede distanciarse el juzgador del contexto en que la aplica*”, sin distorsionar su sentido, sin quebrantar

su núcleo duro, su esencia, pero en todo caso, pasando por encima de las formas, si con ello se salva el noble sentido que su contenido abarca, a saber: la protección de los intereses de un menor de edad.

La Sentencia deja claro un particular: la necesidad de revisar en un futuro la imperatividad del artículo 94 del Código de Familia y la ausencia de alternativas que ofrece, amén de lo cercenatorio y discriminatorio que es este precepto legal respecto de las personas con discapacidad psíquica e intelectual. La Sentencia da una nueva lectura al ejercicio de la patria potestad por personas con capacidades diferentes. De ahí la posibilidad de aplicar salvaguardias y apoyos que permitan a estas personas ejercitar *per se* al amparo del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, bajo el auxilio de terceros, los derechos y deberes que el ejercicio de la patria potestad comporta, sin que sea procedente en todo caso la suspensión de la patria potestad, en tanto que, en la medida en que la incapacitación no proceda, o proceda solo en circunstancias excepcionales, en esa misma proporción e intensidad la suspensión del ejercicio de la patria potestad será tema de índole excepcional y no regla preceptiva como establece hoy el criticado artículo 94 del Código de Familia.

3.2.3. El protagonismo que van tomando los abuelos en las relaciones jurídico-familiares

No menos interesante resulta colegir del estudio de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, a las cuales ya he hecho referencia, el rol protagónico que se le va atribuyendo a los abuelos, sobre todo a partir de la aplicación de la Instrucción 216 de 17 de mayo de 2012, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo y de los instrumentos jurídicos internacionales como la Convención de los derechos del niño. De una lectura del Código de Familia de 1975, aun cuando nos pueda resultar inverosímil, la figura de los abuelos resulta invisible, ni tan siquiera se mencionan en precepto alguno. Siempre estuvieron ahí, pero fantasmagóricamente para el Derecho familiar cubano. Los abuelos en Cuba siempre fueron el eje o soporte de las familias, el rezago en el cual llorar, los brazos que con fuerza han dado el aliento en los momentos de mayor desesperanza, sobre todo durante la adolescencia, en ocasiones por incomprensiones de los progenitores. Empero, en los últimos fallos

judiciales, el Tribunal Supremo ha dado luz verde al valor que tiene la presencia de los abuelos en la educación, la formación de valores y la transmisión intergeneracional de experiencias hacia los nietos, de ahí la determinación de un régimen de comunicación con los nietos (Sentencia No. 321, de 29 de abril de 2016, ponente Arredondo Suárez), la posibilidad, si bien excepcional, de ser titulares de la guarda y cuidado de los nietos (Sentencia No. 751, de 30 de septiembre de 2016, ponente Acosta Ricart y Sentencia No. 214 de 31 de marzo de 2017, ponente Alfaro Guillén), e incluso de ejercitar la abuela, por vía de reconversión, la acción de privación de patria potestad del padre sobre sus hijos, a la postre sus nietos (Sentencia No. 683, de 30 de octubre de 2015, ponente León Rivas). Para ello el Tribunal Supremo apuesta por una interpretación evolutiva o sociológica, por la prevalencia de la aplicación directa de la Convención de los derechos del niño y con ello por la aplicación del principio del interés superior del menor (artículo 3.1), el recurso a los equipos multidisciplinarios, a las terapias familiares, e incluso a la posibilidad excepcional de aplazar o graduar la ejecución de lo dispuesto cuando ello suponga lacerar la conducta del menor, sobre todo en casos en que se rechace la comunicación con los abuelos, precisamente por la manipulación errada de uno u otro progenitor (Sentencia No. 321, de 29 de abril de 2016, ponente Arredondo Suárez).

3.3. La legitimación del tutor, de una persona declarada judicialmente incapacitada, de ejercitar la acción de divorcio. La indebida inaplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad

¿Deben las acciones de estado ejercitarse *intuitu personae*? Si tradicionalmente la respuesta ha sido positiva, cabe argüir que en los últimos tiempos en supuestos de personas en situación de discapacidad, en aras de tutelar debidamente sus derechos y en pos del derecho a la tutela judicial efectiva, la respuesta parece ser diferente. ¿Cómo resolver los casos de personas judicialmente incapacitadas en los que hay una verdadera separación de hecho entre los miembros de la pareja, incluso se ha abandonado al miembro más frágil de la pareja, precisamente en razón de su incapacitación? ¿Le es dable a quien le represente ejercitar la acción de divorcio? La posición favorable es la que por fortuna se va imponiendo en la jurisprudencia comparada.

La profesora VIVAS TESÓN, de la Universidad de Sevilla, que es una aguda investigadora en temas de discapacidad ha hecho un interesantísimo estudio jurisprudencial sobre la discapacidad y la ruptura familiar en el Derecho español. En él, cita entre otras tantas sentencias la Sentencia de 21 de septiembre de 2011, en la que el Tribunal Supremo español conoce de un caso en que los tutores (padres) de una mujer incapacitada, interponen a nombre de esta una demanda de divorcio. La sentencia del Juzgado de primera instancia estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio que ya se había sentado con la Sentencia Tribunal Constitucional español de 18 diciembre 2000, pero denegó el divorcio, diciendo que: “a) no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; b) la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; c) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge”. Sigue explicando la profesora VIVAS TESÓN que los tutores interpusieron recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial, en cuya sentencia se sostiene que: “a) el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que ‘los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurran los requisitos exigidos por el legislador’; b) si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; d) finalmente, añade que no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado”⁶⁰.

Finalmente, el cónyuge de la incapacitada judicialmente interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo – siguiendo la explicación de la profesora sevillana - considera que cuando se trata de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

60 Vivas Tesón, Inmaculada, “Discapacidad y ruptura familiar en Derecho español”, en Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), en imprenta, p. 154.

“1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado (...)

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación ‘para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela’, siempre con autorización judicial, que no se requerirá ‘en los asuntos urgentes o de escasa cuantía’. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

“La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos (...).

“El TS, tras citar y reproducir los arts. 12.3 y 13.1 de la CDPD, afirma que los principios contenidos en ambos preceptos deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, ‘porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo’⁶¹.

Coincido con los razonamientos de la profesora VIVAS TESÓN en el sentido de que “los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre

61 *Idem*, p. 155.

que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma⁶². En todo caso, si la tutela implica un deber de ejercicio para los tutores, este deber siempre se ejercitará en beneficio del pupilo, bajo la protección judicial, en interés del propio incapacitado y con intervención fiscal que ha de ser un contralor de los tutores.

Conforme con el Supremo Tribunal español referenciado por VIVAS TESÓN, *“constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor”*⁶³.

En el Derecho cubano resulta significativa la Sentencia No. 839 de 31 de octubre de 2016 (ponente León Rivas) en la cual se ratifica la sentencia del tribunal de apelación que igualmente desestimó el recurso, confirmando la sentencia del tribunal de primera instancia, que declaró CON LUGAR la demanda establecida por la tutora de una persona judicialmente incapacitada que interesaba el divorcio. Pueden ser múltiples las razones que aconsejan la disolución del vínculo matrimonial, aún el estado civil de incapacitación de uno de los miembros de la pareja, concretamente de quien funge como parte actora del proceso y si bien en el Derecho cubano no se siguieron los razonamientos esgrimidos desde el español, el resultado procesal fue el mismo: admitir la posibilidad del ejercicio de la demanda de divorcio por el representante legal del cónyuge, judicialmente incapacitado. En la sentencia se fundamenta que: *“sentada la situación que justifica que el matrimonio ha perdido su sentido para los cónyuges, la familia y la sociedad, no es posible aceptar que ante el estado de incapacidad que presenta la no recurrente, su tutora y por consiguiente representante de sus derechos, esté impedida de ejercitar la acción de divorcio por su carácter de personalísima, pues en correspondencia con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo ciento treinta y siete*

62 *Ibidem*, p. 156.

63 *Ibidem*, p. 157.

del Código de Familia, la tutela constituida judicialmente, tiene como objetivo la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapaces, y no es justo entonces denegar el ejercicio de la referida acción, porque de así aceptarse, quedaría desprotegida la incapaz en la esfera de sus derechos patrimoniales que pudieran derivarse de la comunidad matrimonial de bienes que se pudo crear en la etapa matrimonial, lo que en cierta medida acepta el impugnante en el desarrollo del concepto de la infracción que ofrece”. Aunque el argumento de nuestro Tribunal Supremo se incardina al aspecto patrimonial, sobre todo en lo que concierne a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes resultante, que no procedería sin antes no se extingue el matrimonio, pudo haber sido esgrimido el principio de igualdad, pues admitir que el cónyuge no incapacitado pudiera ejercitar la acción de divorcio, no así el representante legal del incapacitado, laceraría directamente el principio de igualdad de las partes en el proceso, amén de que en la Sentencia *in commento* no se hace alusión alguna a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York, en 2006, y ratificada por Cuba, ni tampoco a los intereses personales y familiares atendibles, pues atentaría contra los más elementales derechos humanos, y también del orden familiar, mantener un vínculo matrimonial, probadamente extinto por la sola razón de la discapacidad psíquica o intelectual de uno de los cónyuges que le lleva a la incapacitación y que le enerva ejercitar dicha acción so pretexto de su carácter *intuitu personae*, sin dudas un atentado contra la dignidad inherente de la persona, principio cardinal de la citada Convención enarbolado en su artículo 1 y contra el ejercicio de la capacidad jurídica como derecho humano, consagrado así en el artículo 12 de la propia Convención.

Algo similar y con matiz muy peculiar opera en la Sentencia No.892 de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez), ya citada y que *a posteriori* también se seguirá estudiando. Si bien, el tema pasó de soslayo pues no fue objeto del debate en el proceso. Del estudio de esta Sentencia cabe colegir la posibilidad de ejercitar la acción de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, por el tutor de uno de los miembros de la pareja. De hecho en la instancia se reconoció la unión matrimonial, y el motivo por el cual fue acogido el recurso de casación en nada tiene que

ver con la posible o no legitimación del tutor para el ejercicio de esta acción, de lo que se colige que la parte demandada dio por válida tal representación legal o al menos, o bien no la opuso, o no tuvo éxito en la oposición de la excepción perentoria de falta de legitimación⁶⁴. Y, comparto este criterio, sosteniendo similares argumentos a los esgrimidos *ut supra* respecto de la acción de divorcio. Lo que trasciende es que el ejercicio de la acción por el tutor le resulte útil al pupilo, se revierta en su interés atendible, ofrezca una justificación a tono con los intereses personales, familiares y patrimoniales del tutelado. Si en el Derecho cubano – estemos conforme o no con la fórmula creada *ex lege* -, el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada es un presupuesto *sine qua non* para *a posteriori* liquidar la comunidad matrimonial de bienes constituida, y si aún más, en el supuesto de que uno de los cónyuges haya fallecido, la única vía para ser llamado a la sucesión y previa aceptación, arrojarse con la condición de heredero, y poder ser partícipe de la comunidad hereditaria, adjudicándose el activo líquido repartible entre tales herederos, no hay otra alternativa cuando uno de los miembros de la pareja esté incapacitado, que el ejercicio por el tutor de esta acción, bajo control judicial, y con intervención fiscal en el proceso, como debe acontecer igualmente en el caso de divorcio, no como mero capricho, ni mucho menos por motivos fraudulentos o falaces, sino como alternativa idónea para tener éxito en el algoritmo jurídico que el Derecho cubano establece ya sea para liquidar bienes comunes, vivos ambos miembros de la pareja, o para liquidarlos e incluso acudir a la masa patrimonial herencial del miembro de la pareja fallecido para lo cual se impone demostrar la delación sucesoria del cónyuge *supérstite*, que no tan solo del miembro *supérstite* de la unión finiquitada por la muerte.

3.4. La Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer como soporte del no reconocimiento judicial de una unión matrimonial no formalizada

Por último, quiero puntualizar desde otro enfoque en la archicitada Sentencia No. 892, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) por los valores que en ella se transmiten, al enfocar

64 Del estudio de la Sentencia de casación no es dable determinar si efectivamente se ventiló o no en la instancia tal excepción perentoria.

la figura del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada a partir de los valores informantes del Derecho familiar, de modo que el Tribunal Supremo razona – a mi juicio con acierto – que para reconocer una unión matrimonial no formalizada como matrimonio, no es suficiente cumplimentar los clásicos requisitos de la aptitud legal, la singularidad y la estabilidad de los miembros de la pareja. Estos requisitos legales se pueden cumplir, pero no alcanzaría la condición de matrimonio, la unión basada en la violencia de género, en el discrimen de la mujer, sustentada en vejámenes morales y físicos. No importa que la pareja haya vivido una unión de hecho y no un matrimonio, razón por la cual el contenido personal del matrimonio no es exigible con efectos retroactivos, como la unión en sí, pues cuando se reconoce el matrimonio en circunstancias como la prevista en el caso fallado judicialmente, ya la unión finiquitó, aun en vida de ambos miembros de la pareja. Lo que el Tribunal Supremo deja claro es que si esa unión matrimonial en el período en que perduró, quebrantó los más elementales deberes de la pareja *more uxorio*, y se ha informado de una violencia de género tan perdurable como la propia unión, tratándose el matrimonio -que es lo que se pretende sea reconocido por el órgano judicial-, una institución de orden público, basado en principios no solo jurídicos, sino también morales, éticos, y en una comunidad de vida sostenida en el amor, el afecto y la solidaridad⁶⁵, este no ha de ser reconocido por el tribunal competente, pues actuar de esta manera haría a la Justicia convertirse en cómplice de la violencia de género y a su vez, conculcaría los principios que enarbola la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, invocada con acierto en la Sentencia, si bien debió haberse precisado los concretos preceptos que amparan este muy acertado

65 Por algo la solidaridad familiar se ha enunciado como unos de los principios informantes del Derecho familiar moderno. A juicio de MEDINA “el principio que aparece como unitivo y que da cohesión a la familia es el de la solidaridad de los miembros que la integran. En este sentido la tutela constitucional que se otorga a la familia debe ser interpretada en función del principio de solidaridad que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad”. En tal sentido la profesora argentina apunta que su finalidad “es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse”, “(e)l dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistemas jurídico occidental”. *Vid.* MEDINA, G., “Principios...”, *cit.*, p. 13.

fallo judicial (v.gr. artículo 16). Como razona el Tribunal Supremo, siendo “*el matrimonio institución que sobrepasa el interés individual, e incluso el de la pareja, por trascender a la sociedad, como asiento de la familia (...) el exitoso ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento con tal alcance debe pasar por el cabal escrutinio que permita discernir si se trata de una relación conyugal donde se constata el cabal cumplimiento de los deberes y derechos que fija la norma familista por sus miembros, y entender lo contrario daría lugar a que se avalara la violencia por razón de género, conducta rechazada por la comunidad internacional y proscrita por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (...)*”.

De este razonamiento judicial cabe colegir los derroteros por los que transita hoy día la interpretación y aplicación del Derecho familiar por el Tribunal Supremo cubano en lo que juega un papel trascendente la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos, los principios informantes del Derecho de familia, el plexo axiológico de que se informa toda norma jurídica, y aún más si esta es de naturaleza familiar. Como se ha sostenido en la Sentencia No. 751, de 30 de septiembre de 2016 (ponente Acosta Ricart), los nuevos tiempos exigen de los jueces la creación de una doctrina jurisprudencial “*acorde con un Derecho de familia, el actual, más flexible, y que trata de adecuarse a la realidad*”.

4. A manera de cierre

Si bien el estatismo, y el conservatismo han sido constantes en los últimos años en materia de legislación familiar en Cuba, aun cuando las dinámicas socio-familiares describen nuevos modelos de familias que reclaman que el legislador vuelque la mirada hacia ellas, para dejar de vivir inadvertidas o en versión fantasmagórica desde el caleidoscopio jurídico, no obstante, se empieza a sentir el impulso de los nuevos tiempos desde otra faceta del Derecho, más sentida, más vivida, más dinámica: la jurisprudencial. Se va dibujando el boceto de un Derecho de las familias que hoy se construye más hacendoso, más dúctil, más inclusivo, más pluralista, basado en el afecto, en el amor, en la solidaridad, y que ha permitido fortalecer la institución de la familia. Como con acierto ha dicho la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI “(l)a familia hoy es (...) el ámbito de encuentro del amor y de la solidaridad, de la formación moral de los

hijos, de la protección contra las agresiones externas de todo tipo, de la recepción y revalorización de las esperanzas y los sueños. Esta función no es baladí; por el contrario, es la que respecta a la persona en su real humanidad”⁶⁶.

66 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Palabras pronunciadas en el acto de apertura al X Congreso internacional de Derecho de Familia (Mendoza, Argentina, 20 de septiembre de 1998), en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, tomo I, bajo su coordinación, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, p. 13.

ACCIÓN, PROCESO Y GARANTÍAS EN CUBA

Martha Prieto Valdés^{1*}
Amanda Laura Prieto Valdés^{2**}

“Todos los cubanos revolucionarios que contribuyan activamente a la revolución tienen el derecho de dar su opinión sobre el espíritu y los métodos de la obra a que contribuyen”.

J Martí³.

Los resultados que hoy se brindan son fruto de trabajos de investigación de las autoras, los que se han venido defendiendo a través de artículos, conferencias, tesis de licenciatura y de maestría, y que tienen como sustento la máxima martiana que encabeza esta presentación. Por ello, el enfoque, tiene un mínimo de doctrina foránea y un máximo con los pies y la cabeza en Cuba, en qué tenemos, cuáles son las limitaciones y que sería necesario introducir en cuanto al tema de las garantías constitucionales en sede jurisdiccional.

1. Presupuestos doctrinales en torno a la acción procesal.

Abordar las garantía constitucionales, en las que el aparato de justicia tiene el papel importantísimo de asegurar y proteger los derechos, de exigir responsabilidades y aplicar las normativas de la manera más justa posible, si antes no tenemos en cuenta la necesidad de la acción procesal que estimule la intervención judicial, que viabilice la presentación de reclamos mediante fórmulas y procesos, los que, llegados a su fin, mandaten y exijan el cumplimiento de sus resoluciones conforme a la Constitución y demás normativas vigentes. De aquí entonces este acercamiento doctrinal a la acción como puerta en la que el ciudadano debe tener todas las llaves para su instrumentación.

.....
1 Dra. en Ciencia Jurídica; Profesora Titular de Teoría Gral. del Derecho y Derecho Constitucional, Fac. Derecho, UH.

2 Lic. en Derecho; Instructora de Teoría General del Estado y del Derecho, Fac. Derecho, UH.

3 ESTATUTOS del Partido Revolucionario cubano (de 5 de enero de 1892) en Martí, José. Obras completas, Edit. Ciencias Sociales, La Habana, Tomo I, p.458-459

Contestes estamos en que no ha habido a través de la historia una postura armónica acerca de lo que es la acción, y ello ha influido en las normativas que se han adoptado y viceversa; ampliando o limitando su contenido, ofreciendo menores o mayores posibilidades para recabar en juicio protección o solución de las pretensiones. Es por ello, útil un breve comentario acerca de la evolución histórica de la concepción de la acción y su naturaleza jurídica, por ser ella el presupuesto de entrada al proceso⁴.

Si bien el inicio de las acciones se remonta a los tiempos de Roma, concebida primeramente como la posibilidad genérica de actuar en defensa de un derecho y perseguir en juicio su reconocimiento, se fue moviendo hacia la noción de derecho⁵, postura última sostenida durante el medioevo y más tarde por Savigny, al significar que ella era la transformación del derecho subjetivo material, para la defensa del mismo, frente a su vulneración⁶. De actuación prevista por la ley para instar a juicio en reclamo de pretensión o presunto derecho, se transformó en parte de ellos; en expresión condensada del derecho subjetivo, que ya a esta altura tenía como fines la defensa de derechos civiles personales y también patrimoniales.

En este camino hacia el presente, los franceses defendieron la existencia de una acción de carácter general, diferenciada del derecho que se defendía, aunque ligado a él⁷, pero el toque fuerte para la construcción cuasi final lo aportaron las posturas alemanas. Estos últimos, con dualidad de expresiones⁸, la entendieron tanto como derecho a querrellarse contra el obligado como frente al Estado a fin

4 Ver GOZAÍNI, A. *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni eds., p.16.

5 Para abundar, consúltense las acciones de la Ley, las formulas y excepciones del proceso civil romano que sentaron las bases para la noción primaria y más tarde las modificaciones introducidas por Justiniano cuando la definió como "Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur" (*Instituciones de Justiniano*, IV, 6, *De actionibus*, proemio)

6 Ver SAVIGNY, F. *Sistema de Derecho romano actual*, México, SCT, 2004, TIV, p.8,

7 Al decir de Halpérin, "El esquema del Código Civil es el reflejo de la reinterpretación de la división tripartita (personas-bienes-acciones) de las *Institutes* de Justiniano por los teóricos del derecho natural, en función de sus ideas individualistas y racionalistas", "*Le Code Civil*" (trad. Muñoz Pizarro); Santiago de Chile, 2008; p. 89: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-munoz_m/pdfAmont/de-munoz_m.pdf, 25 mar 2015

8 *Klage*, (demanda o queja, empleada como derecho a obtener la protección judicial de un interés) y *Ansprucht* exigencia o pretensión que en sede civil se expresaba en "el derecho a exigir de otro una acción u omisión")

de propiciar la tutela jurídica⁹ a partir de la estimulación del aparato de justicia para que interviniese y decidiese. La acción devenía en un derecho subjetivo público, autónomo, de carácter abstracto y diferente del derecho subjetivo sustantivo, como derecho de todo gobernado a solicitar del Estado la prestación jurisdiccional¹⁰.

No puede tampoco desconocerse la posición asumida por Chiovenda, que dio un giro a la postura alemana, y se desvió un tanto de la noción de la acción como expresión de un derecho subjetivo para reaccionar contra su violación; y la cataloga como un derecho autónomo, pero de carácter potestativo y, a través del cual se ejerce el poder de influir y producir un efecto jurídico en favor de un sujeto mediante un proceso, como poder de realización de la voluntad concreta de ley, que prescinde de la voluntad y de la prestación del demandado¹¹.

Hasta esa primera mitad del siglo XX, como bien afirmara Calamandrei se han manifestado a través de la historia dos grandes corrientes respecto a la naturaleza jurídica de la acción: una es abstracta, para surtir efectos generales, a partir de la función útil del Derecho en la sociedad; y la otra concreta para efectos específicos, como un poder puesto en garantía de una cierta situación de derecho sustancial a ser reconocido por el ente judicial¹². Más recientemente se han desarrollado otras que la vinculan al acceso a la justicia, al derecho de acceso e incluso a la tutela judicial; no por gusto el propio Calamandrei dijera que “la historia y la crítica de las teorías sobre la acción..., como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas”¹³.

9 Ver GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, (trad. Prieto Castro), Ed. Labor, S.A., Madrid, 1936, p.96 y ss

10 Ver FIX-ZAMUDIO, H. *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, p.51, http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37129335/03_-_Hector_Fix-Zamudio_Introduccion_al_derecho_procesal_constitucional.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJR-TWSMTNPEA&Expires=1479088634&Signature=ZCLKW6c2dhXcUaRhw0zosY-QV2I%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINTRODUCCION_AL_DERECHO_PROCESAL_CONSTIT.pdf, 25 mar 2015

11 Ver CHIOVENDA, G. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Roma, 1930-31 (trad. Sentís Melendo) B. Aires, Ejea, 1949; en Biblioteca electrónica, UACM, México, p. 10-13

12 Ver CALAMANDREI, P. (trad. Sentís Melendo), *Los Estudios de Derecho procesal en Italia*, Ediciones jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1959, p. 137-138.

13 CALAMANDREI, P., p. 140

No obstante tales diversas posturas¹⁴, esa acción, ya sea parte o expresión propia del derecho subjetivo que se reclama; sea una derivación del derecho sustancial; un derecho de ejercicio individual o colectivo para la defensa de otros derechos o intereses de diversa índole; o sea una institución procesal autónoma y potestativa, debe estar concebida para actuar tanto en reclamos genéricos o específicos, entendiéndola como “derecho-medio, como el cordón umbilical a través del cual el derecho sustancial circula en el proceso y lo alimenta...”¹⁵. Desde esta visión, se instituye en la polea que estimula a la función judicial a fin de que intervenga en la valoración y solución de reclamos de entes privados.

Pero aquí no puede quedar la formulación si se quiere que sea garantista; no puede entenderse como instituto separado correspondiente a cada rama del Derecho¹⁶, ni con significado diferente en cada campo. Como sostuviera Couture y con visión unificadora, debe ser entendida como poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales, con o sin derecho, con pretensión concreta o sin ella; pues “[E]l poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente”¹⁷, ya sea en reclamo frente a entes particulares o de protección estatal, pero en todo caso se procura la intervención del aparato de justicia, con lo que se le otorga un carácter público a la misma¹⁸.

Por consiguiente, poder ejercer la acción frente al ente judicial es el **primer presupuesto jurídico garantista** que se necesita para la realización de los derechos y del Derecho.

.....
14 Para ampliar acerca de la diversidad actual de posturas, consúltese BRODERMANN FERRER. “Tesis Ecléctica sobre las teorías modernas de la acción (armonía entre concretas y abstractas)”. IJ, UNAM, México, 2008; en Ferrer Mac-Gregor y Zaldivar Lelo de Larrea (coords.) *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*. T.X., Tutela Judicial y Derecho Procesal.

15 CALAMANDREI, P., p.145

16 Ver CARNELUTTI, F. en su *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1948 (trad. B. Aires, 1950) se pronunció en defensa de la unidad de acción civil y penal..

17 COUTURE, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición (póstuma). Roque Depalma Ed. Buenos Aires, 1958; p, 68

18 Ver COUTURE, E., p. 69 y ss.

2. Acción, garantías, derechos y orden constitucional: Interrelación necesaria

En los últimos años se han producido expresiones diversas, tales como; derecho al proceso, derecho de acceso, derecho a la tutela judicial, pues de tal manera se tiene la vía legítima de estimular al ente judicial y obligarlo a que acoja las reclamaciones. Tales criterios no solo tienen formulaciones doctrinales y jurídicas constitucionales, sino que, además, las Cumbres judiciales Iberoamericanas las han venido sustentando de manera reiterada¹⁹, comprometiendo a los Tribunales de los países del área en el aseguramiento del acceso.

Por tanto, el pleno acceso es una condición previa e inseparable del poder de accionar. Y, teniendo el poder de ejercer la acción, se abre el cauce al proceso, que es otra de las garantías imprescindibles en el aseguramiento jurídico de los derechos y contenidos constitucionales.

Pero para que ese camino procesal produzca el **efecto debido** se requiere: que ese poder de impulsar y compulsar mueva efectivamente al ente de armonización y solución de los conflictos y reclamaciones; que la intervención de este aparato genere decisiones colmadas de imperatividad y obligatoriedad respecto a la actuación de aquellos que han lesionado derechos, así como también de los órganos estatales cuestionados por vulneración de los mismos o de las reglas básicas de la sociedad.

Esa necesidad de interacción, se ha expuesto a través de la definición que de la Acción se brinda en el Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional. Se califica a la acción como “la potestad jurídica de un sujeto de derecho, . . . , en virtud de la cual se provoca la función jurisdiccional, ya sea como parte atacante o atacada, durante todo el proceso, e incluso en las vías impugnativas o de ejecución”²⁰. Y, aunque aquí da la idea de institución exclusiva

19 Las Cumbres Judiciales Iberoamericanas han adoptado, entre otros, varios documentos que aseguran acceso a la Justicia y justicia de calidad: en 2002, Cancún, la “Carta de derechos de las personas ante la Justicia” que aseguran acceso; en 2008, Brasilia, las “Normas mínimas de Seguridad Jurídica”; en 2012, Argentina, el “Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad”, y en 2014, Santiago de Chile, el “Protocolo de acceso a la Justicia para personas y grupos vulnerables” y en esa propia Cumbre se instituyó una Comisión permanente de género y acceso a la Justicia.

20 SAID, A. “Acción”, en Ferrer Mac-Gregor, Martínez Ramírez y Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal constitucional y convencional*, Segunda edición, IIJ-UNAM, Mexico, 2014, Serie Doctrina, nro. 706, T.1, p. 8

para la defensa de derechos subjetivos; no da cauce –como si es necesario- para estimular la defensa de la Constitución; sí queda claro que esa acción es más que estímulo procesal, sino que abarca la posibilidad de compulsar y hacer llegar la actuación del ente imparcial hasta el aseguramiento de la ejecución de sus determinaciones.

No por gusto Capelletti y Garth afirman que la posesión de derechos carece de sentido si no existen los mecanismos para su aplicación efectiva, que el acceso efectivo a la justicia es el requisito más básico -el derecho humano más fundamental- en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos²¹.

Por consiguiente, la triada que forman acción-proceso-efectos **ha de entenderse en una unidad indisoluble, ya sea para asegurar algún derecho o para la preservación del orden establecido; de lo contrario el derecho o la institución tutelada se vacía de contenido y, lo más probable es que quede irrealizable.** O lo que es lo mismo: si se tiene el derecho o el interés, debe poder ser ejercido y defendido; si las normativas jurídicas existen, es para que se instrumenten y sean eficaces; si las instituciones jurídicas y políticas están concebidas, debe poderse mover la compleja maquinaria de entes para la solución de las pretensiones; para la instrumentación de lo previsto o acordado. Este es el segundo presupuesto doctrinal necesario para entender que es una garantía efectiva.

Así, entonces, en función de los derechos, desde una mirada jurídica común, al emplear la expresión garantías nos referimos a instituciones, normas, acciones y procederes, ordinarios y específicos, sin cuyo establecimiento y empleo se haría irrealizable el derecho; por tanto, están concebidas para que el derecho exista. Como bien afirmara Ferrajoli, ellas son diversas, pero aún así “...tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto”; [y por ello mismo son] “técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción”²². Entonces, la exigencia no es de

21 Ver CAPELLETTI, M. y GARTH, B. “El Acceso a la justicia”. *Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, 1978 (traducción Samuel Amaral, Colegio de Abogados de la Plata, Argentina, 1983), p. 22-23

22 FERRAJOLI, L. *Garantías*. (Original publicado en italiano en Parolechiave, n 19, 1999.) (Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello) Aula Virtual Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Mar del Plata. (<http://procesalpenal.wordpress.com/2007/11/18/garantias-articulo-de-luigi-ferrajoli/>)

reconocimiento de las fórmulas aseguradoras, sino que existan de manera efectiva aquellas que son necesarias para afirmar los derechos. Este es el tercer presupuesto garantista.

También la expresión garantías nos obliga a pensar en las instituciones, normas, acciones y procederes, ordinarios y específicos, que pueden ser empleados por determinados sujetos políticos, e incluso la ciudadanía de manera individual o colectiva, para asegurar el orden jurídico establecido de conformidad con la coherencia que se hace necesaria para que prevalezca la seguridad jurídica como escalón previo para alcanzar la justicia. Y esta supremacía tiene que asentarse en una nueva redistribución de las jerarquías normativas, en un escalonamiento claro y preciso entre las creaciones jurídico-legales, junto al poder del pueblo para cuestionar jurídica y políticamente aquellas reglas lesivas o restrictivas de la superior.

Lo cierto es que no habrá disfrute de derechos si no existen los medios para propiciar la armonía jurídica y social, ya que a través de la defensa de los contenidos constitucionales, no solo se asegura supremacía del texto y su eficacia jurídica y social, sino el respeto a la voluntad democrática popular que le dio origen y las decisiones que en su momento se adoptaron para instituir un determinado orden, ciertas reglas para el juego político y el desarrollo económico, social y cultural de la nación. El hecho es que la Constitución solo se instituirá en garantía superior del orden jurídico político, así como de los derechos en ella consignados, si además de expresar las conquistas y valores, los consensos nacionales, es también origen de cambios y fuente de desarrollo²³. Este es el cuarto presupuesto, en el cual se enlazan las garantías constitucionales y la democracia.

En síntesis, el término garantías, empleado en sede judicial, es una fina expresión de esa conjunción acción-proceso-efecto que mueve el mecanismo de afirmación y defensa de los derechos esenciales del ser humano, ya individual o colectivo, así como también aquel necesario para el aseguramiento de los postulados superiores. Y, cierto que las garantías constitucionales son múltiples, por lo que es prudente la existencia de unas bien precisas y de fácil instru-

23 Ver VALADES, Diego. "El dilema constitucional", en VALADES, D Y GUTIÉRREZ, R. (coordinadores). *Derechos Humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Der Constitucional*. T.III.UNAM. Mex, 2001, pp. xi.

mentación, que propicien la protección de aquello que es o pueda ser amenazado, lesionado o disminuido, ya sea por disposición o actuación de órganos del Estado o administración a cualquier nivel de la organización territorial, e incluso otros entes colectivos y la ciudadanía en general.

3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN CUBA en sede jurisdiccional.

Pensemos ahora en lo normativo y práctico nacional, referido a las garantías constitucionales en sede judicial, tanto para asegurar los derechos de ese rango como la propia superioridad de la Constitución.

Si de derechos se trata, la principal garantía jurídica para los individuos en el disfrute y ejercicio de estos, al menos para los países que se asientan en el sistema de Derecho romano-germano-francés, o de Derecho civil, la constituye la tutela jurídica expresa de los derechos, porque así se tiene certeza para su invocación, ejercicio y reclamación. ¿Qué decir de los que se han considerado esenciales? La primera regla del Estado moderno ha sido incorporar a las leyes fundamentales aquellos derechos de más importancia y necesidad para esa sociedad.

Si valoramos el texto constitucional cubano de 1976, se constata la tutela de los derechos que a esa fecha se consideraron fundamentales, que resultaron de las luchas y de las conquistas del pueblo en su quehacer; consignándose más que el enunciado jurídico del derecho, las garantías materiales imprescindibles para el disfrute aquellos de carácter socioeconómicos y culturales, en los que el principal proveedor era el Estado. Tal formulación fue expresión de la idea de que la garantía no podía constreñirse al simple reconocimiento del derecho; sino que siempre son necesarias las condiciones materiales que posibiliten el real disfrute, y el aparato estatal —a partir del diseño democrático— tenía esa responsabilidad.

Pero también se advierte que derechos civiles y políticos son solo enunciados; que existen derechos a través de todo el texto, y que siendo fundamentales, no están consignados en el capítulo destinado a ellos, lo que pudiera provocar un entendimiento errado sobre ellos, aunque el capítulo final de la Constitución debiera ser uno de los garantes esenciales: no puede modificarse el contenido de

la Constitución en materia de derechos sin consulta popular²⁴. A fin de brindar mayores garantías a los derechos, una revisión de la sistemática empleada para su ordenación es necesaria, incluso para incluir otros que a esta altura lo requieren y no reciben tutela alguna; o para reformular ordenaciones presentes que les impregne de un contenido garantista.

De igual manera, se aprecia la ausencia de tutela constitucional expresa y genérica de la acción, ya sea como derecho, pretensión, facultad o poder para estimular la intervención de los Tribunales y obtener una respuesta definitiva. Es, asimismo, muy limitada su regulación legal y se constriñe a la defensa de derechos individuales ordinarios, desde una visión fragmentada -como mismo se expresa en la propia ordenación de los procesos o de la intervención judicial-, y ello hace que múltiples derechos e instituciones jurídico-legales, incluso constitucionales, queden a la espera. Ante la carencia de los medios idóneos para estimularlos o efectuar impugnaciones, la falta de leyes de desarrollo, o la presencia de disposiciones con rango de Ley, e incluso de inferior jerarquía, que limitan el acceso a la justicia, impiden el disfrute del derecho fundamental que se defiende, lo que supone una violación de los mismos. Asimismo, el desconocimiento del poder de acción o la negativa de promover una defensa ante el ente imparcial, vulnera la previsión constitucional de que son los tribunales los órganos de impartir justicia²⁵, a la vez que los compromisos asumidos por el Tribunal Supremo en las Cumbres Iberoamericanas de Justicia en materia de acceso a la justicia²⁶.

De la carencia anterior, ¿qué decir? Pareciera que se ha pensado desde el Proceso, la organización del funcionamiento del aparato de justicia y la propia Administración Pública, como si estos fueren lo fundamental a proteger. Tales previsiones que limitan el acceso a la justicia, no se derogan, y no se cuenta con el mecanismo para obligar al ente administrativo o a los tribunales a intervenir y decidir.

.....
24 Ver Constitución de la República, art. 137, párr.2: Si la reforma se refiere...a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

25 Ver Constitución de la República, art.120. La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

26 Ver nota 17.

Por eso, la ordenación jurídica debe hacerse con una visión desde las personas, naturales o jurídicas y en defensa de intereses privados o colectivos, enfocado desde una perspectiva democrático garantista. Así, tiene que admitirse –en todo momento– la existencia de la facultad y poder jurídico, individual y colectivo, de mover al aparato de Justicia; de exigirle que asegure, o que brinde los medios para la armonización social; y, en consecuencia, que pueda compulsar a los órganos de poder a cumplir con la ley, a brindar el servicio con la calidad requerida, entre otros. De lo contrario, muchos derechos se quedarán violados, acuerdos y responsabilidades incumplidos, normativas desconocidas; sin descontar el cauce hacia a la desarmonía social.

Entonces, si de garantías se trata, la acción debe ser entendida como **algo esencial** para la persona, de libre ejercicio, tenga o no tutela jurídica. Si se tiene el derecho, el interés, o se recaba protección y respuesta, ahí debe estar la posibilidad de estimular al aparato de justicia a que brinde una solución eficaz y efectiva; que le impida no acoger, lo cual a su vez enlaza con los actuales derechos de acceso a la justicia, derecho al proceso, derecho de acción.

Las limitaciones que se comentan son resultado del exceso de administrativización de la sociedad; y los mecanismos garantistas –entiéndase procedimientos– se han previstos para ser realizados ante los entes administrativos, que con la lógica de ser juez y parte no pueden brindar la necesaria garantía, ante la falta de independencia e imparcialidad. Con ello se limitan derechos, así como la concreción del 26 constitucional²⁷, y se cercena el 121 del propio texto al no posibilitar que los órganos de justicia intervengan en la solución de pretensiones o garantía de derechos frente a la Administración, sin obviar que también se limita su participación en el control de la legalidad o de la constitucionalidad, y que no pueden incidir favorablemente en la preservación de la coherencia normativa necesaria para que se reafirme la libertad, la igualdad, la seguridad y la justicia.

Ejemplo de disposiciones ordinarias que impiden el coherente desarrollo de la normativa constitucional, en sede de derechos,

.....
 27 Ver Constitución de la República, art. 26. Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.

existen varias; no obstante, interesa comentar la propia ley procesal que ordena las esferas civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE). Así, aunque la referida ley, en el art. 656, regula uno de los procedimientos establecidos para la defensa de los derechos, posibilitando la impugnación ante los tribunales de las disposiciones de carácter general o incluso resoluciones emanadas de los Organismos de la Administración Central del Estado, que vulneren derechos legalmente establecidos a favor de quien reclama, en los arts. 657 y 673, presenta excepciones a esta regla, en los que quedan excluidas las cuestiones referidas a las materias constitucionales y el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, como se precisa en el art. 657.4.

No concebir la revisión de materias constitucionales en jurisdicción administrativa, solo tiene lógica si se equipara la expresión “materias constitucionales” a reclamaciones entre el Estado, la Provincia y el Municipio, en tanto existe un modelo político centralizado; o declaraciones de constitucionalidad que corresponde, al amparo de la propia Constitución, a la Asamblea Nacional del Poder Popular²⁸, y no a otro órgano.

Ahora bien, si entendemos, que la expresión materias constitucionales, como debe ser, se refiere a lo consagrado en la Constitución, ¿por qué no es posible acudir a la vía judicial, ante el órgano imparcial, invocando los preceptos constitucionales que se han restringido o desconocido, para que resuelva las controversias entre la Administración y los administrados, sean entes individuales o colectivos, y se brinde tutela judicial a los derechos regulados en la Constitución? No hay objeción a que la primera reclamación se realice ante la propia Administración vulneradora, para que revalore, revise su decisión o normativa; pero no puede ser exclusiva pues entonces se encuentra el que reclama en posición desventajosa.

Es prudente que el legislador ordinario revalore las restricciones de acceso, que vulneran el texto constitucional, al impedir que resuelvan los únicos órganos reconocidos para impartir Justicia, a la vez que se deja al reclamante sin respuesta y sin reparación ante los daños generados por la actuación de quien debe ser el principal garante de los derechos, la Administración.

.....
28 Ver Constitución de la República, art. 75. Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales;

Lo mismo sucede con la decisión de excluir la discrecionalidad administrativa del control judicial, porque a través de esta fórmula también pueden lesionarse derechos, no realizarse mandatos o expresarse abuso de poder. De todas maneras, sería prudente repensar, que debe entenderse por discrecionalidad administrativa, sin confundirla con la toma de decisiones políticas; y ¿por qué si la Administración Pública existe para servir a la sociedad, ella puede tener un amplio margen de actuación que no se somete a control?, ¿ello no lesiona la posibilidad de participación democrática en la toma de decisiones y el control?²⁹

Hasta ahora, nos hemos referido a regulaciones ordinarias limitadoras de derechos, sin diferenciar tipo o rango de estos; pero el hecho es que al no contar los fundamentales con un proceso especial directo para su protección inmediata y eficaz, caen en la misma rueda que los ordinarios, y reciben igualmente los efectos de la restricción, que en este caso son más nocivos para la preservación de la legitimidad del sistema.

Al respecto, es prudente apuntar que, es cierto que no hay proceso especial, pero el texto constitucional de manera muy clara consignó en el artículo 26, el derecho de toda persona a reclamar y a obtener la correspondiente reparación o indemnización en las formas previstas frente al actuar de la Administración. Lo correcto hubiera sido que esa expresión “derecho a reclamar y obtener reparación” fuere sinónimo de la posibilidad de instar a los tribunales para la defensa de los derechos, en especial los de rango constitucional. No solo debiera considerarse como expresión del derecho de acceso, sino que además supone la obligación de los Tribunales de acoger, y de dar respuesta ante el reclamo de reparación e indemnización. ¿Quién sino está previsto para obligar a reparar e indemnizar por daños, sin distinguir si morales o materiales?

E incluso, bien podía haberse entendido que la queja, prevista en el 63 constitucional³⁰, brinda la posibilidad de acceder a la esfera judicial, pero ello no sucede así. La Queja constitucional se ha

29 Ver Constitución de la República, art. 68. Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: b) las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los diputados, de los delegados y de los funcionarios;

30 Ver Constitución de la República, art. 63. Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

instrumentado limitadamente, a veces confundida con peticiones o planteamientos en el sistema del Poder Popular y, en la práctica, no compulsa a la Administración a resolverla, a dar respuesta efectiva.

Importantes garantías son las inviolabilidades de domicilio, correspondencia y comunicaciones consagradas en los artículos 56³¹ y 57³². No obstante, carecen de leyes que las desarrollen y solo se formulan frente al poder punitivo del Estado las relativas al domicilio y la correspondencia de manera general, así como en la Ley de procedimiento penal, estando ausente de las normativas procesales la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas en los procesos de investigación. Por tanto, la ley, añeja, requiere de la introducción de otros medios para dar respuesta a la necesaria protección de la intimidad desde una perspectiva plural, la imagen y el honor, frente a las nuevas tecnologías, así como de garantías precisas frente a tales intervenciones.

En relación con el comentario anterior, téngase por necesario el perfeccionamiento de la ordenación de la inviolabilidad de la persona, de los derechos y garantías que conforman el status de libertad, así como la regulación de los artículos 58³³ y 59³⁴ constitucional. En cuanto a la libertad personal, la enunciación garantista no debe limitarse al aspecto físico en sede penal, sino que se requiere de una enunciación más amplia y abarcadora, que incorpore la realización de la libertad en las diversas esferas de la vida humana y social. De la misma manera, las garantías a la libertad se establecen frente al po-

31 Ver Constitución de la Republica, art. 56. El domicilio es inviolable. Nadie puede penetrar en el ajeno contra la voluntad del morador, salvo en los casos previstos por la ley.

32 Ver Constitución de la Republica, art. La correspondencia es inviolable. Sólo puede ser ocupada, abierta y examinada en los casos previstos por la ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare el examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones cablegráficas, telegráficas y telefónicas.

33 Ver Constitución de la Republica, art. 58. La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizadas a todos los que residen en el territorio nacional. Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes. El detenido o preso es inviolable en su integridad personal.

34 Ver Constitución de la Republica, art. 59. Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para forzarlas a declarar. Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto y los responsables incurrirán en las sanciones que fija la ley.

der a la esfera penal, que, aunque es cierto que esta es la que puede ser más lesiva, vale preverse una ordenación que propicie una visión integral de las garantías, que de manera expresa incluya el derecho a la defensa en todo momento, como expresión del derecho de acceso a la justicia, así como el debido proceso y estipule el ámbito de ejercicio de este principio, que a la vez es derecho y garantía.

En esta misma esfera de lo personal frente al Estado y su poder de intervención tampoco se aprecia con el rango de garantía fundamental el procedimiento especial de *Habeas Corpus*. La lógica de su ausencia en la Constitución ha de estar en el propio carácter garantista y democrático popular del Estado, pero ¿no pueden producirse actuaciones personales nocivas? En tanto el *habeas corpus* es una garantía concebida para asegurar la libertad, que además es un valor esencial en cualquier sociedad; debiera estar incorporada a la Constitución con las reglas que la aseguren, de conformidad con el rango del derecho a que sirve.

Respecto a los comentarios anteriores, hay que entender que, si nos referimos a los derechos constitucionales, se denominan en incorporar a las Constituciones porque son esenciales para el hombre, tanto individualmente considerados como en lo colectivo; y son, incluso, punto de partida para el reconocimiento o disfrute de otros. Por ello, la lesión o amenaza de algún derecho constitucional afecta en cadena a múltiples derechos. He aquí un fundamento para la necesidad de tratamiento preferente respecto a los ordinarios, celeridad procesal, medidas cautelares, instituciones garantistas, a través de las cuales se genere una imperatividad superior, una responsabilidad con más inmediatez, debiendo ser los efectos de la presentación de la demanda diferentes a los que provocan la defensa de los ordinarios.

El hecho es que el desconocimiento de que las garantías han de establecerse en su múltiple dimensión, además de lo anteriormente expuesto, conlleva a una degradación formal y material del derecho y de su propio contenido.

En cuanto al orden jurídico superior y la coherencia sistémica: se traen a colación los comentarios anteriores sobre las ausencias de leyes que desarrollen la preceptiva constitucional, o la existencia de otras limitativas de derechos por cuanto los regulan de manera diferente o con más exigencias que el texto constitucional. Se advierte, entonces, una dificultad en la realización del control de

legalidad y de constitucionalidad, ya previo o posterior, tal y como está instituido, en sede política.

Partamos de que el ente llamado a realizar el control de constitucionalidad, y a declararla, es juez y parte en la valoración de las leyes³⁵; junto a limitaciones para el control posterior de las disposiciones infralegales y la derogación de aquellas vulneradoras de la superior³⁶, vinculada entre otros, por la falta de permanencia de la Asamblea en plenario, ser sustituida en funciones por órgano que debe controlar y revocar sus disposiciones. De otro lado, el control de legalidad tampoco transcurre en la esfera judicial, de conformidad con la determinación de traspasar a la Fiscalía General de la República tal función³⁷, la cual en sede penal también comparte papeles y en la esfera administrativa no cuenta con los medios imperativos para hacer valer sus determinaciones.

Tal diseño, bien podría perfeccionarse, si además interviniese el sistema de tribunales, desde la perspectiva de la imparcialidad y la independencia que debe caracterizar su actuación, proveyéndolos también de medios para la ejecución de sus decisiones en cuanto a las reclamaciones de derechos, lo que contribuiría a un control cotidiano y más expedito en la detección de incongruencias, con lo que con más inmediatez se detectarían normativas vulneradoras y se conminaría a los órganos de la Administración a restablecer la legalidad y la constitucionalidad. Pero también, todo ello requiere de la asunción de la importancia de un control judicial, y de que

35 Ver Constitución de la Republica, art.75. Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: b) aprobar, modificar o derogar las leyes y someterlas previamente a la consulta popular cuando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate; [y a la vez es el órgano para] c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales;

36 Ver Constitución de la Republica, art.75. Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: ch) revocar en todo o en parte los decretos-leyes que haya dictado el Consejo de Estado; r) revocar los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos o disposiciones del Consejo de Ministros que contradigan la Constitución o las leyes; s) revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía a los mismos; o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país;

37 Ver Constitución de la Republica, art. 127. La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado.

pueda estimularse, a instancia de parte, su realización. Lo cierto es que, si todos los órganos no se involucran en el control de la legalidad, y no se hace efectivo el control de constitucionalidad, se está cediendo un espacio a la incoherencia normativa. Se vuelve a expresar, entonces, la importancia del proceso especial para la defensa de los derechos.

Otra de las dificultades que perviven entre nosotros, es que no hay práctica de aplicar directamente la Constitución por los tribunales como **norma patrón o base para la decisión**, y que permita contrastar el cumplimiento por la inferior de los límites impuestos por la superior, aún a través de los principios y valores que constitucionalmente se enuncien; o su empleo en carácter de norma directa cuando falta la normativa legal que debió desarrollarla a fin de instrumentar los preceptos constitucionales.

De igual manera, son limitadas las acciones del soberano para estimular directamente el cumplimiento de la letra constitucional que asegure su instrumentación eficaz de conformidad con la previsión constitucional³⁸, para asegurar su supremacía constitucional junto a la preservación de los principios, valores y reglas que definen el orden jurídico, económico y político.

4. ¿Cuáles podrían ser las propuestas para asegurar el tríptico acceso-proceso-garantías?

Respecto a los derechos fundamentales, se pudieran instrumentar una de las siguientes:

VARIANTE 1: En sede de **jurisdicción ordinaria**, que la decisión judicial, resultante de reclamación particular, específica y concreta, ante lesión de derechos constitucionales por normativa lesiva, solucione el conflicto jerárquico normativo mediante **proceso ordinario, inaplicando la disposición inferior restrictiva y resuelva conforme a la superior garantista, aplicando directamente la Constitución al caso**. De esta manera se brinda garantía al derecho constitucional que se reclama, sin requerir de proceso especial para asegurar dicho derecho, con lo que puede ser sustanciado ante todos los tribunales (el control es incidental).

38 Ver Constitución de la Republica, art. 131. Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular,...

VARIANTE 2: Se ha de configurar **proceso especial, ante sala especial del Tribunal Supremo Popular, mediante la aplicación directa de la Constitución ante norma restrictiva, acciones u omisiones** provenientes de órganos, organismos, autoridades estatales o de particulares que lesionen o restrinjan los derechos consagrados constitucionalmente.

Las premisas o pilares básicos sobre los que deberán erigirse jurisdicción y proceso son: la igualdad jurídica, en la ley y ante la ley; la legalidad, entendida tanto en su sentido amplio de sujeción a la ley, como en la exigencia del respeto a la estructura interna del ordenamiento jurídico, y, por último, la seguridad jurídica, que emana del pleno acceso a la justicia, de la existencia de un proceso y jurisdicción especial y de entes diseñados para la defensa de los derechos lesionados; junto a los consabidos celeridad, sencillez, inmediatez, preferencia, especialidad, brevedad, gratuidad, transparencia, sin dilaciones y formalismos excesivos, oralidad y publicidad. Los efectos de la decisión judicial serían el mandato de restablecimiento del derecho que ha sido lesionado, de inmediato cumplimiento, y por la importancia de lo que se tutela, efectos erga omnes; comunicándose a la Asamblea Nacional para que derogue, o en su defecto revoque la disposición o la parte de ella lesiva.

Tampoco debe obviarse, cuando así lo ameriten, la participación del Fiscal en representación de personas con cualidades especiales, incapacitados, discapacitados para actuar o menores sin representación legal para ello; el cual ha de ser designado para esta función en específico, evitando así que confluyan en él otras funciones: la de representar al Estado, así como la de velar o garantizar la legalidad de los actos.

Ninguna de las dos variantes requiere reforma constitucional. Solo la segunda variante necesita de las modificaciones de la Ley de Tribunales y la procesal.

Para asegurar la supremacía jurídica del magno texto, pudiera acogerse una de las siguientes propuestas:

VARIANTE 1: Resultante de la defensa directa del derecho constitucional en sede ordinaria, se instrumenta el **control judicial de la constitucionalidad, indirecto, incidental y respecto al caso, por lo que la decisión judicial no expulsa la normativa del ordenamiento jurídico**.

El control de constitucionalidad se efectuaría respecto de las leyes y decretos leyes, y el de legalidad respecto a las disposiciones del

gobierno, la administración, o asambleas locales del poder popular, a instancias de parte en defensa de los derechos. Se dará cumplimiento al precepto constitucional consagrado en el artículo 26, no realizado hasta el presente, más bien limitado por Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, por el art. 657, epig. 4 y 6, ya comentado.

VARIANTE 2: Establecer el **control de constitucionalidad directo, expreso y concentrado en sede judicial, mediante proceso especial y ante sala especial del Tribunal Supremo Popular**, cuya decisión de solución a las contradicciones normativas y se produzca la determinación de la validez formal y material de las disposiciones cuestionadas. Incorporar activamente a la ciudadanía, en la promoción de la revocación de disposiciones restrictivas de derechos consagrados constitucionalmente, mediante el reconocimiento del pleno acceso a la justicia, ya individual o colectivo.

VARIANTE 3: Establecer el **control mixto de constitucionalidad** que estimule garantía de derechos y del orden en Sala especial del Tribunal Supremo Popular. No ha de menoscabarse la posibilidad de conformación de la Sala especial para lo Constitucional o Sala de Garantías dentro del Tribunal Supremo Popular para contribuir a la armonía normativa a través de precisos juicios de validez y un cauce hacia la seguridad jurídica como antesala de la Justicia; asegurar la relegitimación del texto superior en su lugar y grado, y para que sea voz última en las reclamaciones de derechos constitucionales, o garantía específica necesaria a los derechos esenciales para el hombre.

De las variantes propuestas, la primera puede ser efectiva sin modificación normativa alguna; solo la segunda recaba de reforma constitucional al extraer de la Asamblea Nacional tal atribución y consagrarla en exclusivo en la Sala especial; mientras que la tercera solo requiere de adecuación de las disposiciones ordinarias.

Así entonces, de conformidad con la letra constitucional vigente, para lograr el aseguramiento de la inalterabilidad de sus contenidos de inmediato, es una exigencia abordar lo constitucional, diferenciado de lo legal u ordinario, distinguir los órganos intervinientes y sus facultades, los efectos de las decisiones, junto a la identificación de los entes responsables en cada caso. Ello hará más factible la instrumentación del control posterior de constitucionalidad concentrado en la Asamblea Nacional del Poder Popular,

y el de legalidad que ejercen los demás órganos como parte de la verificación del funcionamiento de los inferiores en los marcos legales previstos.

5. Ideas Finales

El acceso a la vía judicial, aun sin previsión en las leyes procesales o la ley de los Tribunales, es viable en correspondencia con el mandato constitucional del artículo 120 y al amparo además del 26 constitucional, teniendo -claro está- a la Constitución como conjunto normativo de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico de la sociedad, lo que aseguraría no sólo la eficacia de sus postulados frente a aquellas disposiciones inferiores que niegan, restringen o alteren sus preceptos, sino la legitimidad de la actuación de los órganos de poder. No obstante, ello no niega la necesidad de tutela constitucional expresa del acceso a la justicia individual y colectivo para promover la defensa de los derechos constitucionales y la supremacía normativa del magno texto.

En todo caso, se debe considerar al ciudadano –individual y colectivamente- como parte principal y estimulador del proceso de control político de la constitucionalidad ante la Asamblea Nacional respecto a las Leyes, Decretos Leyes y Decretos, con efectos *erga omnes*, hasta tanto no se modifique el diseño de control político imperante.

Por consiguiente, se ha de instrumentar la facultad de los Tribunales de Justicia locales de resolver las antinomias respecto al caso, con arreglo a la normativa superior –incluida la Constitución, inaplicando la inferior restrictiva o contradictoria, y le correspondería a la Asamblea Nacional del Poder Popular, previo dictamen del Tribunal Supremo, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, como expresión del control político establecido en el 75 c de la Constitución.

Estas propuestas contribuirán, desde una *actuación consciente y activa de todos, a evitar una desconstitucionalización* del orden normativo, un cauce hacia la inseguridad jurídica³⁹, a la vez que una deslegitimación del sistema político imperante.

.....
39 Ver Prieto Valdés, Martha. "La Constitución y el Poder, y el poder de la Constitución", en *Visión iberoamericana del tema constitucional*. Fundación M. García-Pelayo, Caracas, 2003, pp.232-233.

“Si se desea asegurar la eficacia del espíritu y la letra constitucional como garantía superior de los derechos y el orden consagrado, ha de darse el paso para el reconocimiento e instrumentación de los medios necesarios para su preservación, defensa y disfrute, con formas viables que permitan que el hombre pueda realizar en la sociedad su plena dignidad”.

LA LEGALIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA CONSTITUCIÓN CUBANA. REFLEXIONANDO SOBRE SUS RETOS.

Majela Ferrari Yaunner¹

1. Los orígenes del principio de legalidad

La legalidad es un principio de especial trascendencia que expresa en sí mismo la seguridad jurídica que debe suponer a los hombres vivir en una sociedad regida por el Derecho. En la búsqueda de su origen histórico expresa el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ, que el concepto teórico de legalidad tiene como base la proclamación del primado de la ley con el surgimiento del Estado liberal burgués.² El papel de la Ley en dicho contexto político se elevó a través este principio que se convirtió en una de las banderas que desde el punto de vista teórico hicieron ondear aquellos que ansiaban acabar con el absolutismo y abrirse camino en los laberintos del poder y su control.

En palabras de Matilla Correa: "(...) desde tiempo antes de la toma de la Bastilla, se lanzó con fuerza al ruedo de las ideas, y venía ganando terreno, la *legalidad* como principio de la vida y el accionar del Estado (...) Su consagración primera y definitiva en la vida jurídica de una nación tuvo lugar en la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII."³

En el seno del racionalismo jurídico que presidió el movimiento revolucionario de 1789 en Francia, adquiere una significación particular el pensamiento comprometido de ROUSSEAU, quien expresara: "Así son necesarias Convenciones y Leyes, para unir los derechos con los deberes, y reducir la justicia a su objeto, las leyes son actos de la voluntad general."⁴ Partidario de la democracia directa y del

1 Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

2 FERNÁNDEZ BULTÉ, *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2ª reimpresión, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 239.

3 MATILLA CORREA, Andry, "Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano", en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 13.

4 Ver: ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social*, Ed. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2003, pp. 25 y 26.

Derecho como resultado de la voluntad general, reflexiona el filósofo en su paradigmática obra, sobre los fines de la ley, la que desde entonces, según expresa, debe ser resultado de la voluntad general y reservorio de deberes y derechos, importantes conquistas jurídico-políticas de la época.

La razón en este contexto iusfilosófico, ocupó un lugar cimero y el Derecho fue concebido como un producto exclusivo de la misma. Esto trajo como consecuencia, dentro del ámbito de la política, la supremacía de la ley y que todos los poderes fueran controlados por ésta. Así, “La preponderancia del monarca fue sustituida por la omnipotencia ilimitada de la ley. En lo adelante no habría por qué preocuparse de los príncipes autócratas, pero habría que tener a la vista el absolutismo surgido a la sombra del principio de legalidad.”⁵

El liberalismo constitucional sucedió a las caducas concepciones feudales, liquidadas en sus privilegios por la Revolución Francesa. De tal forma, como expresa CAÑIZARES: “el principio político del Estado absolutista *“suprema lex regis voluntas”* (la suprema ley es la voluntad del rey), fue sustituido por un nuevo absolutismo: el del imperio de la ley, médula del principio de legalidad. Desde ese instante la ley escrita se convirtió en la principal forma de Derecho, erigiéndose desde ese momento en verdadera diosa del Estado burgués.”⁶

El Artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789 manifestaba: “*La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.*”

Por su parte, el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 24 de junio de 1793 afirmaba: “*La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general: es la misma para todos, ya sea que proteja o sea que castigue; no puede ordenar sino lo que sea justo y útil a la sociedad; no puede prohibir sino aquello que dañe a esta.*”

5 ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, “Tesis”, en *Legalidad y Justicia*, Ed. Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros, volumen CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952, p. 29.

6 CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Derecho*, 1ª reimpresión, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 379.

A partir de este postulado se fundamenta la necesidad de la aplicación de la legalidad como principio. Si se analizan ambos con agudeza, pueden encontrarse elementos comunes. En primer lugar, la ley como expresión de soberanía popular al plantearse que es expresión de la voluntad general. Otro aspecto que se preserva es la idea de la igualdad ante la ley, así como que esta no solo reprime y castiga conductas, sino que también “protege”, aunque no se dice qué, resulta deducible que se hace referencia a los derechos de los que estas propias declaraciones son muestra.

Por otra parte, aparece la idea de que la ley encierra siempre una intencionalidad positiva hacia la sociedad, una presunción de utilidad y justicia de sus preceptos, lo que puede considerarse un elemento de justificación de su exigencia. Así, no solo se impone el principio, sino que se brindan los argumentos que lo sustentan. Interesante resulta que este particular se refrende en la segunda y no en la de 1789 donde aparece una expresión que luego no se encuentra en su sucesora, y es precisamente aquella que plantea que todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes.

Con esta idea se introduce de alguna manera la visión de la ley como resultado del ejercicio democrático de un derecho político que les permite a todos participar en su concepción. Ante la pregunta de cómo hacerlo, aparecen dos vías, o los ciudadanos lo hacen personalmente o a través de sus representantes electos, con lo cual se muestran ambos modelos, el de la participación directa y el de la representación, pero lo cierto es que todos, según el documento, tienen derecho a participar en su elaboración y son iguales ante ella.

El principio de legalidad en sus orígenes burgueses, señalaba que los actos particulares, concretos, individualizados de los órganos del Estado, debían ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico preestablecido como supuesto general que puede regir el acto o caso particular. Sin embargo, esa voluntad general que en su origen pretende controlar al Estado y eliminar el absolutismo monárquico, se manifiesta de formas diversas en diferentes momentos históricos y la aplicación del principio con variados matices responde a una serie de condicionamientos políticos, sociales, éticos y económicos.

El sentido y la importancia del principio de legalidad desde la construcción teórico-burguesa, estriba en el hecho de que, aunque no excluye la posibilidad de una actuación arbitraria por parte de

los órganos estatales, facilita sin embargo una predicción acerca del modo de proceder de dichos órganos, infundiendo así una sensación de seguridad en el ámbito de quienes se encuentran sometidos a la observancia del Derecho.

“De esta forma, la legalidad se constituye como el más firme basamento de la seguridad por el Derecho, e inaugura paralelamente una nueva seguridad en el Derecho, ya que éste se ofrece al ciudadano no sólo como instrumento para su protección individual, sino además como instrumento revestido, para cumplir ese objetivo, de una certeza suficiente, ofreciéndose al ciudadano como seguro en sí mismo por lo que respecta a esos fines.”⁷ De ello se comprende que para los liberales burgueses la seguridad está referida, solamente, a los actos del Estado conforme a Derecho.

Con el establecimiento de la igualdad de todos ante la ley, la legalidad se convirtió en una categoría jurídica-formal, y en un principio universal y político de la actividad de las personas en las relaciones sociales. Se concibió contraria al despotismo, la arbitrariedad, las violaciones del orden jurídico y, sobre todo, al abuso del poder político, y las transgresiones cometidas por los órganos y funcionarios estatales.

2. El contenido de la legalidad

En los Estados contemporáneos, la aplicación de este principio está enfocada fundamentalmente al control que debe ejercer la ley sobre los poderes públicos,⁸ proyectándose con énfasis hacia el poder judicial y las administraciones públicas, encontrándose igualmente controlada la materia tributaria y en menor medida el campo de las relaciones entre particulares.⁹

7 MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 67.

8 La Constitución española, por ejemplo, en su artículo 9, apartado 1 declara: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Y en el artículo 3 añade: “*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. *Constitución española de 1978*, Ed. Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, Madrid, 2008.

9 Ver: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 418 y 419.

Ciertamente adquiere especial significación para el Derecho Administrativo, convirtiéndose en fundamento y límite de la actuación de la administración pública. En este escenario destaca igualmente ARIAS GAYOSO que el verdadero reto consiste en encontrar los mecanismos que propicien un verdadero apego de los órganos del Estado a la norma.¹⁰

El principio de legalidad consiste, para los seguidores de esta doctrina, en la nota básica del Estado de Derecho, entendido como el imperio del Derecho a tenor del cual la actividad estatal toda debe estar sometida a normas jurídicas. “El Estado de Derecho será, pues, el «imperio de la Ley», «la convivencia dentro de las leyes», pero no de cualquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan «dentro de la Constitución», por «la voluntad popular» y con garantía plena de «los derechos humanos» o fundamentales.”¹¹

El principio de legalidad no ha sido inmutable, como categoría jurídica recibe una influencia condicionante de los intereses políticos que la dotan de contenido en cada momento histórico. De esta forma, en el socialismo, la legalidad, aunque no significa una verdadera ruptura conceptual con respecto a aquella originalmente burguesa, adquiere un contenido ideológico y axiológico diferente.

Con el Socialismo, la legalidad amplía su contenido, implica, en la exigencia inexorable de respeto al Derecho, no solo al Estado, sus órganos y funcionarios, sino también a los ciudadanos.¹² Este

10 ARIAS GAYOSO, Grethel, “Reflexiones en torno al principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración Pública”, en *Revista Jurídica*, Tercera Época, Año 1, Número 2, La Habana, julio-diciembre 2008, p. 4.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 88; Ver también BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros, *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado*, tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, p. 187.

12 Ver: ROMASHKIN, P., *Fundamentos del Derecho Soviético*, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962, p. 23; ALEXANDROV, N., *Teoría del Estado y el Derecho*, 1ª ed., Ed. Colegio de Abogados de La Habana, 1963, p. 212; GARCINI, Héctor y Miguel REYES, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, *Parte General*, Universidad de la Habana, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, La Habana, 1963, p. 16; LESAGE, Michel, *Le droit soviétique, Le point de connaissances actuelles*, N° 1052, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1975, p. 36; ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Política y Legalidad*, 1ª ed., Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1977, p. 176; ORDÓÑEZ MARTÍNEZ, Francisco, *La legalidad socialista, firme baluarte de los intereses del pueblo*, Ediciones Jurídicas, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1982, p. 52; VV.AA., *El sistema jurídico del Socialismo*, Ed. Ciencias Sociales Contemporáneas, Moscú, 1987, pp. 116 y ss. y VV.AA., *Teoría del Estado y el Derecho*, Ed. Progreso, Moscú, 1988, pp. 258 y ss.

fenómeno responde a la esencia de dicho sistema, donde la participación popular se considera crucial para la salvaguarda del Derecho, reservorio de valores consustanciales a una ideología colectiva.

De tal manera, la legalidad se encuentra intrínsecamente vinculada a la democracia, motivo por el cual una concepción diferente de ésta, le imprime necesariamente un nuevo contenido a la legalidad, la que tiene como marco de realización mecanismos más directos y participativos.

En el período correspondiente al socialismo real, algunos teóricos, principalmente de Europa del Este, defendieron una visión restrictiva de la legalidad, asumiéndola como sinónimo de legislación. Esta idea puede constatarse claramente en el pensamiento de ALEXANDROV cuando afirmara que: “El Estado socialista, que en sus leyes expresa la voluntad de las masas trabajadoras, exige, y objetivamente no puede por menos que exigir, su exacto y estricto cumplimiento por todas las instituciones y organizaciones, por todos los funcionarios y ciudadanos, sin excepción, sin que nadie pueda obrar ilegal y arbitrariamente.”¹³

Según el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ, quien revolucionó, profundizó y desentrañó la verdadera lectura que este principio debe tener en el socialismo: “...la legalidad se quebranta, se erosiona o se fractura cuando el principio es abandonado, es decir, cuando la sociedad empieza a ser regida de forma arbitraria, voluntarista y con criterios o métodos ajenos al imperio absoluto de la ley. Si se persiguen los delitos, si se lucha por el cumplimiento de la Ley y por su restitución cuando ha sido infringida, se está cumpliendo el principio de legalidad, aunque la ley se haya incumplido en muchos casos.”¹⁴

Este propio autor expresa que “...la legalidad debe ser vista como una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible,

13 ALEXANDROV, N., ob. cit., p. 212.

14 FERNÁNDEZ BULTÉ, J., ob. cit., p. 241. En este sentido debe analizarse la posición de KLUG cuando manifiesta que la legalidad tiene efectos pasivos y activos. Identifica los pasivos en el sentido de que las posibilidades de acción y decisión de la administración son limitadas en aras de la libertad y de la seguridad jurídica; en tanto en lo concerniente a sus efectos activos, dentro del marco de la ley, el Estado está obligado a administrar justicia. Ver: KLUG, Ulrich, *Problemas de Filosofía del Derecho*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Ed. SUR, Buenos Aires, 1966, pp. 57 y 58.

mediante el cual se abandona la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría.”¹⁵

La legalidad socialista debe constituir un paradigma de actuación estatal y ciudadano,¹⁶ debe estar presente como mecanismo que garantice no solo la realización del Derecho, sino la adecuada creación de las normas insertadas de forma coherente en el ordenamiento jurídico como reservorio de intereses más populares y principio garante de los supremos valores jurídicos, como mecanismo de acción y control de la vida social. Dicha proyección se comprende adecuadamente a través de su concepción como mecanismo de regulación jurídica de la sociedad que fundamenta el criterio que sobre ella expresa el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ como corolario de una visión amplia.

A partir de esta idea, dicho mecanismo debe dividirse en tres fases fundamentales: “la fase de creación de la norma, de formación del llamado también estatuto jurídico; la fase de inserción coherente de la norma en el ordenamiento jurídico, sin que se produzcan antinomias o contradicciones, ni desde el punto de la unidad interna, ni desde el de la unidad externa; la fase de la puesta en acción de la norma y la verificación de su efectividad, lo cual implicaría, además, su subordinación al criterio de adjudicación, es decir, a la subordinación de la norma al o a los órganos controladores de la legitimidad legal.”¹⁷

3. El principio de legalidad en la Constitución cubana de 1976.

A partir de los análisis anteriores puede determinarse que la legalidad es un principio jurídico-político que debe pautar el funcionamiento del Estado y la vida de la sociedad toda. En un trabajo publicado hace unos años en la Revista Jurídica del Ministerio de Justicia cubano, un grupo de importantes académicos destacaba una idea que resulta de gran utilidad a propósito de la legalidad:

.....
15 FERNÁNDEZ BULTÉ, J., ob. cit., p. 238.

16 “La revolución tiene que entrar más por la ley, tiene que legalizarse. Cuando se vaya a hacer cualquier ley, se hace la ley revolucionaria y se aplica pero no las cosas por encima de la ley y fuera de la ley”, Castro Ruz, Fidel, citado por ALVAREZ TABÍO, F., *Política y Legalidad*, ob. cit., p. 173.

17 FERNÁNDEZ BULTÉ, J., ob. cit., p. 246.

“...existen principios en el Derecho que son de manifestación general en las diversas ramas jurídicas, y que afectan al sistema de Derecho en cuanto sistema (...) algunos de los cuales operan como reglas técnico-jurídicas, concebidas como requisitos para la optimización del ordenamiento que posibilitan la existencia de concordancia interna del sistema, por lo que es posible afirmar su carácter de componente esencial del Derecho.”¹⁸

A propósito de esta reflexión, si analizamos a la legalidad desde las tres exigencias del mecanismo de regulación jurídica, puede defenderse su relación intrínseca con otros principios o categorías como la democracia, la jerarquía normativa, la eficacia, la coherencia y la realización del Derecho, por solo mencionar algunos. Su complejidad lo convierte en un manto que alcanza la vida misma de una sociedad desde una perspectiva deontológica que se traduce en la necesidad de construir y asumir el Derecho como mecanismo indispensable de ordenación del entramado complejo de la vida social. A ello se incorpora la exigencia de articulación coherente, jerárquica y democrática de sus postulados.

En la regulación constitucional cubana aparece refrendado este principio en el artículo 10 de dicho cuerpo normativo, el que refiere expresamente: “*Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad.*”¹⁹

18 VV.AA: “Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial”, en *Revista Jurídica*, MINJUS, año 8, N° 13, enero-diciembre, La Habana, 2006, p. 56.

19 Constitución de la República de Cuba, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, N° 3, del 31 de enero de 2003.; Al respecto resulta de suma utilidad el análisis que sobre la presencia de este principio en todo el articulado de la Constitución cubana y otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico realiza el Profesor Andry MATILLA CORREA. Ver: MATILLA CORREA, Andry, “Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)”, en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 62 y ss.

En cuanto a este particular resulta interesante exponer que dicho artículo se invoca por el Tribunal Supremo Popular cubano en su Sentencia N° 9 de 27 de enero de 2009, siendo ponente la jueza María Carrasco Casi (Expediente 1620-08 Casación administrativa), y directamente vinculado a la actividad jurisdiccional en relación con este principio constitucional, la Sentencia N° 130 de 25 de abril de 2008, de igual ponente (Expediente 148-08 Casación civil), expone en su primer CONSIDERANDO: “...por el principio de legalidad a que se contrae del artículo diez de la Constitución de la República a el están sometidos todos los órganos del Estado, sin excluir a los Tribunales, cuestión que se reafirma en el inciso a) del artículo cuatro de la Ley de Tribunales”.

A partir del análisis de este artículo pareciera que la legalidad se impone constitucionalmente solo como un principio regente de la actividad estatal, sus órganos, dirigentes, funcionarios y empleados. Sin embargo, su enunciación se completa en el artículo sesenta y seis del propio cuerpo constitucional que establece como parte del capítulo VII “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales”, que: *“El cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos”*.

En este sentido, aunque se extiende el alcance de la legalidad a la sociedad en su conjunto al reconocerse como potenciales infractores de la misma tanto a los funcionarios como a los ciudadanos, la fórmula constitucional cubana básica, la restringe conceptualmente al afiliarse a la concepción socialista clásica anteriormente analizada.²⁰

Si bien es cierto que el establecimiento de este principio con rango constitucional afianza su importancia y permite que irradie a todo el ordenamiento jurídico, atribuyéndosele dentro de este un papel rector y trascendental, no obstante, desde el punto de vista teórico, como se ha indicado, su comprensión y aplicación debiera abarcar todo el mecanismo de regulación jurídica como un método fundamental de dirección de la sociedad, y no agotarse solamente en la exigencia de cumplimiento de las normas vigentes.

En tal sentido, el principio de legalidad debiera ser fundamento de origen del ordenamiento jurídico, en tanto debe estar presente desde el momento mismo de la creación normativa. Constituye a la vez finalidad, que garantiza y salvaguarda la eficacia del Derecho como mecanismo que propicia el control en la realización y aplicación de sus normas.

.....
 20 En algunas sentencias del Tribunal Supremo cubano se define el principio de legalidad, por ejemplo: la Sentencia N° 231 de 29 de marzo de 2006, siendo ponente la jueza María Carrasco Casi (Expediente 178-06 Casación administrativa), manifiesta en su segundo CONSIDERANDO: *“...proceder que debe tutelarse en virtud del principio de legalidad, que obliga tanto a la Administración como a los ciudadanos a actuar por los límites formales y materiales regulados por ella...”*. Igualmente la Sentencia N° 569 de 29 de junio de 2007, siendo ponente la jueza Isabel Arredondo Suárez (Expediente 552-07 Casación administrativa), declara en su primer CONSIDERANDO: *“...quien recurre conoce la capital importancia que para nuestra sociedad reviste la legalidad socialista, que se traduce en el irrestricto respeto de la ley, emanada del órgano legislativo facultado y que no puede ser interpretada ni aplicada con acomodo a ningún interés sea cual fuere la investidura del funcionario de que se trate...”*. De igual forma la Sentencia N° 813 de 22 de agosto de 2008, siendo ponente la jueza María Carrasco Casi (Expediente 877-08 Casación administrativa), expresa en su primer CONSIDERANDO: *“...siendo así vale decir que lo pretendido por dicha impugnante no es cosa distinta que concederle consecuencia jurídica diferente a ese proceder obviando el principio de legalidad, es decir el imperio de la ley en las relaciones existente entre las instituciones y los ciudadanos...”*

Asumir de esta forma la legalidad contribuye a la coherencia de normas, principios y valores que se integran en el ordenamiento jurídico, propiciando armonía y unidad entre todos sus elementos, no solo desde el punto de vista formal sino también práctico. Pero además contribuiría a reforzar el principio democrático socialista también establecido constitucionalmente si la participación popular en la sustanciación del Derecho abandonara lo formal para convertirse en una intervención real, proactiva y de empoderamiento ciudadano.

Declarar principios en las constituciones es incuestionablemente más fácil que garantizar luego su realización. Por eso, aunque Cuba cuenta en su diseño constitucional con un espacio especial para el principio de legalidad, la realidad jurídico-política muestra una intencionalidad permanente de salvaguarda del principio pero desde un planteamiento teórico que solo se agota en la exigencia del cumplimiento de lo establecido.

Un llamado de atención sobre la importancia del planteamiento que la vincula indisolublemente al mecanismo de regulación jurídica de la sociedad, no solo honra a FERNÁNDEZ BULTÉ, sino que muestra los lazos que la atan a la concepción democrática del poder, pero tampoco de la democracia formal, sino de la participación real de todos en la producción jurídica del país, siendo la vía entonces para lograr mayor legitimidad material y eficacia del Derecho, contribuyendo así a su realización natural.

4. Dificultades y perspectivas

Siguiendo el análisis del mecanismo de regulación jurídica desarrollado por el profesor, como canal esencial e inexorable para el logro de la legalidad, las leyes deben nacer con vocación popular, deben reforzarse las vías de participación directa en su conformación. Por otra parte, aunque es cierto que no puede consultarse todo directamente al pueblo por diversas razones, deben articularse mecanismos de control efectivos sobre los representantes, los que tiene la responsabilidad formal de velar porque el contenido de las normas no se divorcie de las necesidades e intereses populares. No se les debe controlar solo por lo que resuelven, debe cuestionarse también su intervención en esta actividad, para lo que se necesita publicidad e información acerca del desarrollo de los proyectos normativos como

condición de base, la información debe ser presupuesto del control.

Por otra parte, no debe comprenderse solo el principio vinculado a la ley en su sentido formal, sino a todas las disposiciones normativas, cuestión que complejiza el asunto si se tiene en cuenta que hay que partir entonces de un ordenamiento verdaderamente sistémico donde se respeten los fundamentos de unidad y jerarquía que deontológicamente lo informan. La dispersión normativa, el casuismo, la pluralidad de órganos y funcionarios que se superponen en la creación de normas en el escenario cubano, limita, desde lo institucional el principio de legalidad, incluso si se viera este desde la perspectiva básica de la exigencia del estricto cumplimiento de las normas. He aquí dos aspectos importantes, uno material, vinculado a la participación y otro formal, vinculado a algunos presupuestos de validez.

Si se analiza la segunda fase propuesta, la de inserción coherente de la norma en el ordenamiento jurídico, evitando la aparición de antinomias, continúan los retos. La situación antes descrita propicia que en ocasiones los órganos productores de disposiciones normativas de inferior jerarquía no concilien su contenido con el de algunas ya existentes para declarar la derogación o modificación, sobre todo parcial, que en muchas ocasiones producen las nuevas con respecto a las precedentes, por lo que pueden proliferar lo mismo contradicciones que ámbitos o situaciones jurídicas que quedan en tierra de nadie.

Este fenómeno pasa por el tamiz de la necesidad de capacitación jurídica eficiente y efectiva, la eliminación de los predios normativos, la necesidad de articular mecanismos para la visión integral del Derecho y la utilización del potencial doctrinal, académico y práctico con que cuenta el país para que se vuelquen en pos del perfeccionamiento del ordenamiento jurídico contribuyendo a la postre con la eficacia del principio de legalidad.

Por último, el mecanismo se cierra con la verificación de la efectividad de las normas. En este particular requieren análisis no solo los cambios que acontecen en la sociedad y que la divorcian de las normas, produciéndose un desfase que es necesario corregir, derivado de la propia comprensión dialéctica de la realidad socio-jurídica y política, sino también y sobre todo, es necesario revisar permanentemente el diseño de instituciones, mecanismos y procedimientos imprescindibles para la aplicación de las normas. Estos, en ocasio-

nes, se proyectan a través de ejercicios de abstracción y que luego en la práctica resultan ineficaces, e incluso limitan de alguna manera la aplicación estatal o el cumplimiento espontáneo de las disposiciones normativas. No puede entenderse teórica y pragmáticamente a la legalidad, desligada de la seguridad jurídica. Cuando se violentan y se erosionan las garantías de una, se lacera a la otra.²¹

5. Reflexiones finales

Tan importante resulta el contenido normativo y el carácter realmente sistémico del ordenamiento, como la efectividad de los mecanismos de control y garantía de la legalidad. Como principio constitucional está concebido en Cuba desde una visión abarcadora que no lo limita solo al control del actuar de órganos y funcionarios, sino que alcanza a todos los ciudadanos. Sin embargo, su enunciación no es suficiente, el diseño del Derecho cubano en cuanto a contenidos, procedimientos, instituciones, tiene el reto permanente de mirar a la legalidad no solo a partir de la exigencia de lo establecido jurídicamente, ese es un objetivo intrínseco al Derecho mismo.

Ningún orden jurídico se concibe para no ser cumplido. La legalidad debe comprenderse como algo más, debe ser punto de partida para el reconocimiento de la importancia del Derecho en la vida en sociedad, como método para su dirección. La democracia debe unirse indisolublemente a este principio para que el Derecho se legitime a través de ella, pero se legitime en su esencia, para que el cumplimiento de las normas sea más natural que coactivo, al menos en la mayor medida posible.

Alcanzar en una sociedad la actuación general sobre el soporte de la legalidad así concebida, contribuye a propiciar un estado de certeza que conduce inexorablemente hacia la seguridad jurídica.

.....
21 Al respecto el Tribunal Supremo cubano ha expresado en su Sentencia N° 88 de 31 de enero de 2005, siendo ponente la jueza Marta Acosta Ricart (Expediente 1422-04 casación administrativa): Segundo CONSIDERANDO: “...por cuanto debe entenderse que en todo caso el proceso administrativo no es ajeno al cuidado de garantizar seguridad y estabilidad jurídica a las resoluciones judiciales, como garantía del cumplimiento de la legalidad”.

Igualmente se ha pronunciado dicho tribunal en la Sentencia N° 139 de 29 de mayo de 2009, siendo ponente la jueza Martha Acosta Ricart (Expediente 74-09 Casación civil), donde en su único CONSIDERANDO plantea: “...el extremo relativo a mantener y reforzar la legalidad socialista que el apartado a) del artículo cuatro de la Ley número ochenta y dos de mil novecientos noventa y siete, Ley de los Tribunales Populares, como objetivo principal le asigna a la actividad de los Tribunales, inequívocamente comprende la de adoptar decisiones que garanticen la seguridad jurídica de los justiciables”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROV, N., *Teoría del Estado y el Derecho*, 1ª ed., Ed. Colegio de Abogados de La Habana, 1963.
- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando, *Política y Legalidad*, 1ª ed., Ed. De Ciencias Sociales, La Habana, 1977.
- _____, “Tesis”, en *Legalidad y Justicia*, Ed. Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros, volumen CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952.
- ARIAS GAYOSO, Grethel, “Reflexiones en torno al principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración Pública”, en *Revista Jurídica*, Tercera Época, Año 1, Número 2, La Habana, julio-diciembre 2008.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros, *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado*, tomo I, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.
- CAÑIZARES ABELEDO, Fernando D., *Teoría del Derecho*, 1ª reimpresión, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1979
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2ª reimpresión, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1984
- GARCINI, Héctor y Miguel REYES, *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, *Parte General*, Universidad de la Habana, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Jurídicas, La Habana, 1963.
- KLUG, Ulrich, *Problemas de Filosofía del Derecho*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Ed. SUR, Buenos Aires, 1966.
- LESAGE, Michel, *Le droit soviétique, Le point de connaissances actuelles*, N° 1052, Ed. Presses Universitaires de France, París, 1975.
- MATILLA CORREA, Andry, “Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano”, en *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- MATILLA CORREA, Andry, “Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)”, en *Temas de Derecho Administrativo cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989
- ORDÓÑEZ MARTÍNEZ, Francisco, *La legalidad socialista, firme baluarte de los intereses del pueblo*, Ediciones Jurídicas, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- ROMASHKIN, P., *Fundamentos del Derecho Soviético*, Academia de Ciencias de la URSS, Instituto de Estado y de Derecho, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1962.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social*, Ed. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2003.

VV.AA, *El sistema jurídico del Socialismo*, Ed. Ciencias Sociales Contemporáneas, Moscú, 1987.

VV.AA, *Teoría del Estado y el Derecho*, Ed. Progreso, Moscú, 1988.

VV.AA: "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial", en *Revista Jurídica*, MINJUS, año 8, N° 13, enero-diciembre, La Habana, 2006.

DISPOSICIONES NORMATIVAS

Constitución española de 1978, Ed. Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, Madrid, 2008.

Constitución de la República de Cuba, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, N° 3, del 31 de enero de 2003.

CIRCULARIDAD Y UNIVERSALIDAD EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO: RETOS PARA EL DERECHO CUBANO

Carlos J. Bruzón Viltres¹

1. Planteamiento del problema

En los últimos años, debido al rigor mismo del proceso investigativo, se ha hecho obligatorio para este autor explorar algunos campos de la teoría jurídica, en particular de la teoría de las fuentes del Derecho. En ocasiones la aproximación a este tópico deja la duda de cuán relevante sería dedicar algún esfuerzo explicativo en una materia sobre la cual puede pensarse o que todo está escrito o que, sencillamente, posee una escasa o limitada relevancia práctica. La manera en que, sin embargo, se comprende y aplica el Derecho deriva, en buena medida, de la cosmovisión que del propio fenómeno jurídico tenga el sujeto al que por su formación profesional compete interpretar y hacer uso de las instituciones que conforman el *universum ius* del que hablaba el maestro VALLET DE GOYTISOLO². Solo este dato es suficiente para confirmar que queda mucho por decir y hacer en materia de fuentes del Derecho.

Esta cosmovisión, o incluso la noción más fragmentada o particular que se tenga del Derecho, se construyen a partir del conocimiento del propio fenómeno y a este aporta, sin dudas, la teoría de sus fuentes³. Lo anterior, como premisa cognoscitiva, no debe interpretarse en el sentido restrictivo que ofrece la concepción de fuentes del conocimiento de lo jurídico, que se imbrica dentro de una amplia gama de clasificaciones cuyo carácter polisémico e inex-

1 Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Auxiliar, Universidad de Granma. Miembro Asociado Joven de la Academia de Ciencias de Cuba

2 El profesor español Ramón LÓPEZ VILAS recrea un pasaje -verdadero diálogo de maestros- en el cual HERNÁNDEZ GIL, a propósito del debate sobre el alcance del término "ordenamiento" según la redacción del artículo 1 del Código Civil español, pregunta a CASTÁN cómo lo definiría, a lo cual tras escuchar una explicación omnicompreensiva, VALLET, presente en la conversación, sentenció: "Es, por tanto, la galaxia jurídica", el *universum ius*. Cfr., LÓPEZ VILAS, Ramón, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 2002, p. 181, nota 42.

3 Sobre el específico tema de las fuentes de conocimiento, entre una amplísima relación de autores, recomiendo revisar: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa María, "Las fuentes de conocimiento de los jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie*, año XLVII, núm. 139, México, pp. 39-64.

tricable en ocasiones, ha conllevado a su definición como “expresión metafórica con más de un significado”⁴. Es precisamente este argumento uno de los pilares principales de la problemática actual que pretende abordarse: las fuentes son algo más que “los lugares a los cuales se va a buscar el conocimiento de un determinado ordenamiento jurídico”⁵; algo más que la metáfora “bastante feliz” a la que alude el profesor CAÑIZARES ABELEDO cuando reproduce las palabras de DU PASQUIER comparando las fuentes del Derecho con el sitio de donde brotan las aguas que dan origen a un río⁶. Las fuentes son, empleando la magnífica síntesis de MENDOZA DÍAZ, todo medio o recurso del cual el juez -y por extensión, todo operador jurídico- pueda hacer uso para fundamentar jurídicamente su actuar.⁷

Asumir esta perspectiva trae consigo un necesario cambio respecto a la lectura tradicional que se ha hecho del fenómeno de las fuentes en nuestro Derecho; lectura que ha estado matizada por la entronización del legalismo, de la subordinación casi absoluta de otras manifestaciones jurídicas al imperio de la ley y, por ende, de un ordenamiento dibujado en torno a las diversas formas de expresarse la ley y solo la ley. Esta aseveración pudiera resultar en extremo absoluta, con razón, pues también en el presente artículo se mostrarán tendencias favorables a la ruptura del paradigma legalista. Empero todavía subsisten tendencias “a no ver más allá de la norma legal”, a “fallar asuntos con el estricto apego a la dicción literal de un precepto legal”, “al amor enfermizo que algunos profesionales del Derecho le tienen a la exégesis *ad pedem literae*, como método de aplicación del Derecho”⁸. La culpa -seríamos injustos si admitiéramos-

4 KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. de R. VERNENGO), UNAM, México, 1982, p. 243.

5 Cfr., FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 52. Por descontado se da el hecho de que para el autor las fuentes son mucho más que esto; así lo expone a lo largo de las páginas de su obra que incluye una de las definiciones más completas en materia de fuentes formales (p. 54).

6 CAÑIZARES ABELEDO, F. D., *Teoría del Estado*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p. 60.

7 MENDOZA DÍAZ, Juan, *et al.*, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 9.

8 Cfr., CARRILLO GARCÍA, Yoel, “... una música lejana, para colmo, nada culta...”. Diálogo con el Dr. Leonardo Pérez Gallardo”, en *Crítica Jurídica*, núm. 31, 2011, p. 203. La descripción crítica que hace el profesor PÉREZ GALLARDO en las líneas citadas tiene una vigencia incuestionable. A pesar de los esfuerzos teóricos y los pasos que se van dando en la práctica -a veces sin plena conciencia de la relevancia del asunto- son aún insuficientes, precisándose

mos lo contrario- no es del normativismo kelseniano, pues con ello se reduciría el colosal aporte del maestro vienés a la teoría jurídica contemporánea y abriríamos la puerta a las tradicionales transmuciones que se han hecho, lamentablemente, de su obra, con especial énfasis en el escenario jurídico iberoamericano⁹. Obedece este esquema de razonamiento piramidal, verticalizado y profundamente formalista a una tendencia propia del Derecho continental, reforzada en nuestro contexto con la exaltación del principio de legalidad, que cobró sus mayores fuerzas por influencia del Derecho soviético.

El problema descrito adquiere forma y contenido más allá de lo que teóricamente pueda considerarse relevante o no. Trasciende a la práctica jurídica, con énfasis en la labor de nuestros jueces. Si se retoma la idea de que por fuente debe entenderse todo medio o recurso en el que se sustenta el razonamiento del operador y sirve, por ende, en la construcción argumentativa de su decisión¹⁰, entonces se precisa, *velis nolis*, de una adecuada y eficaz teoría de las fuentes para pretender alcanzar un fallo mejor argumentado¹¹, que es decir también, en el contexto del Estado constitucional de derechos, un fallo más justo, o al menos, más democrático.¹²

cambios desde la propia concepción curricular que acerque al estudiante de pre y posgrado a las tendencias más actuales no solo en particular de la teoría de las fuentes, sino en todas las disciplinas jurídicas.

9 Un análisis relevante sobre las lecturas transmutadas que de Kelsen y su obra han llegado a los predios jurídicos de nuestro continente, puede revisarse en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (7ma. reimpr.), Legis, Bogotá, 2013.

10 HART considera a las fuentes como “buenas razones para los fallos”; AARNIO como “razones para la argumentación”. Cfr., Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. de G. CARRIÓ), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 312; AARNIO, Ailius, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 138 y ss.

11 Sobre la importancia de la formación en teoría jurídica para la función judicial, ver: RAMÍREZ LUDEÑA, L., “Las teorías del derecho en la formación de los jueces”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2014, pp. 37-59.

12 Las ideas de justicia y democracia vinculadas a la argumentación jurídica han sido puestas en escena y a su vez duramente criticadas, entre otros, por Manuel ATIENZA. Si bien es cierto que no siempre la decisión aparentemente mejor argumentada es la más justa y que, refiriéndose a la teoría de ALEXEY, el autor español advierte sobre los riesgos de la función ideológico-justificativa que puede desempeñar la argumentación -en ocasiones acriticamente-, soy del criterio que efectivamente a mayor argumentación, más democracia, en el sentido de contar el destinatario de la decisión con mayores recursos explicativos para aceptar o combatir el fallo. Y esto no solo ocurre en sede judicial: hoy es frecuente escuchar también el reclamo de más argumentación, por ejemplo, en los actos de la Administración Pública, lo que sin dudas crea garantías adicionales al ciudadano en general. Cfr., *inter alia*, ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005;

¿Existen, entonces, condiciones para hablar en el escenario jurídico cubano de un cambio de paradigma? ¿Es importante una teoría de las fuentes, plural, complementaria, para una mejor argumentación de las decisiones, con énfasis en la actividad judicial? ¿En qué medida el ser consistentes con decisiones anteriores aporta garantías a los ciudadanos y contribuye a estándares superiores de justicia formal y material?

Estas, entre otras tantas interrogantes, servirán de hilo conductor al presente análisis.

2. Del tradicionalismo al anti-tradicionalismo de fuentes: el enfoque de circularidad

El Derecho cubano, básicamente, ha seguido los estándares del denominado tradicionalismo de fuentes. De forma muy concreta LÓPEZ MEDINA¹³ caracteriza este modelo, utilizando criterios que conviene destacar en relación al tema abordado. Dicha doctrina privilegia la posición de la ley -hasta etapas recientes incluso por encima de la Constitución- y exalta las virtudes de la codificación, estableciendo también férreas jerarquías y divisiones en el sistema de fuentes que excluyen por su fuerza otras manifestaciones jurídicas. Por otra parte, el tradicionalismo de fuentes afecta directamente a la función judicial y a la interpretación y uso en la dimensión práctica o empírica de las fuentes como medios para la solución de casos, dado que reduce el papel del juez a mero aplicador de la ley, que debe obediencia a una regla clara o evidente prescrita por el legislador y es independiente frente al resto de las sentencias dictadas con anterioridad, convirtiéndose así la jurisprudencia en una fuente secundaria o auxiliar que opera solo en casos de silencio de la fuente primaria.¹⁴

Junto a lo anterior se combina el hecho de que la enseñanza del Derecho se realiza sobre la base de un cuerpo complejo de reglas

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. ATIENZA e I. ESPEJO), CEC, Madrid, 1997.

13 Cfr., LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces* (10ma. reimpr.), Legis, Bogotá, 2011, pp. 265 y ss.

14 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 3-4 y “Tres caminos históricos en la formación de la jurisprudencia en América Latina: Recepción y vicisitudes del concepto de “doctrina legal” en la región”, en GONZÁLEZ, A.; DEL RÍO, J. (comps.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, México, 2011, p. 2.

primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas de naturaleza legislativa y, además, frecuentemente codificadas; razón por la cual el Derecho judicial es escasamente conocido y estudiado ya que no resulta de fácil acceso, se encuentra pobremente ordenado y sistematizado y, en fin, no se le da mayor importancia cultural como fuente de conocimiento y aplicación del Derecho vigente.¹⁵

La crítica al tradicionalismo queda expresamente sentada por el propio autor en relación a tres inconsistencias básicas: i) la incapacidad de este modelo de lidiar con los problemas relativos al sistema de fuentes al pretender pre-ordenar desde la ley de manera exhaustiva el comportamiento argumentativo de los operadores jurídicos; ii) la incorrección sustancial de su habitualmente aceptada jerarquización de las fuentes del Derecho en la forma de pirámide normativa y, iii) la pretensión de ignorar que el problema de las fuentes tiene un componente político fundamental¹⁶. Estas son las pautas de origen del denominado anti-tradicionalismo de fuentes.

El análisis de los contenidos precedentes nos permite afirmar que varios de los puntos críticos sostenidos por el autor colombiano acontecen en nuestro escenario jurídico. Existen diversas vías para corroborar tal aserción, desde la experiencia vivida en los procesos formativos hasta el análisis de resoluciones judiciales, que cualquier estudiante o profesional del Derecho puede realizar, para identificar cómo manejan -o no- los jueces un discurso argumentativo basado en una teoría anti-tradicionalista de las fuentes. A pesar de ello, como se ha intentado adelantar, el panorama no es lineal y favorablemente abre cauces a la utilización más plural de las fuentes, sin que sea condición suficiente para afirmar que se ha abandonado mínimamente la concepción legalista predominante en la práctica jurídica y en sectores importantes de la enseñanza teórica.

La tendencia anti-tradicionalista resulta lógica en lo que acertadamente PÉREZ LUÑO ha denominado “contexto de desbordamiento” de las fuentes, es decir, la ruptura de la visión predominante de las fuentes sometidas a una estricta jerarquía, perfectamente ordenadas. Para este autor las fuentes aparecen ahora “crecidas y desbocadas”, rebasando sus cauces ordinarios, irrumpiendo “en espacios nuevos anteriormente no previstos para su desarrollo y

15 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “Tres caminos...”, *op cit.*, p. 2.

16 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho...*, *op. cit.*, pp. 268-269.

explicación”¹⁷; cuadro que es propio de la acentuación del principal dilema axiológico que subyace al problema de las fuentes: el enfrentamiento del esquema tradicional con el nuevo pluralismo de fuentes y de aplicadores del Derecho, como lo ha calificado Óscar CORREAS¹⁸. El pluralismo -o neopluralismo- jurídico implica la derogación de las ideas de monopolio de la producción estatal del Derecho y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley¹⁹, ganando espacio otras fuentes como la costumbre jurídica, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales, la jurisprudencia.

Aunque aparentemente estas manifestaciones también tienen el viso de lo tradicional, la opacidad a que fueron confinadas en virtud del predominio de la ley durante los últimos dos siglos, ha hecho que se retomen ahora con más fuerza, llegando a constituir en algunos casos, como ha dicho por ejemplo ZAGREBELSKY de la jurisprudencia, “el lugar del Derecho que, desde el punto de vista de los destinatarios, cuenta mayormente”²⁰. En clave neopluralista la cuestión es más compleja pues al concierto de fuentes “desbordadas” no solo asisten estas que podemos calificar como revividas, repotenciadas o redefinidas, sino otro conjunto de manifestaciones que “cuestionan lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento, los estilos jurídicos heredados del pasado”²¹, entre las que suelen situarse: los cambios sociales; el pluralismo político oponible a la idea de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado; la institucionalidad supraestatal; la atribución a los individuos del acceso a las jurisdicciones internacionales, etc.²²

17 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 83.

18 CORREAS, Oscar, *Teoría del Derecho*, Fontamara, México, 2004, p. 168. CORREAS advierte que existen diferencias entre la definición citada y la de pluralismo jurídico *per se*, pero resulta evidente que esta última, más general y compleja, incluye la de pluralismo de fuentes y operadores.

19 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento...*, *op. cit.*, p. 84.

20 ZAGREBELSKY, Gustavo, “Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, en FERRER, E.; ZALDÍVAR, A. (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, UNAM, México, 413-427, 2008, p. 427.

21 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Rosa María, *op. cit.*, pp. 40-41.

22 *Ibidem*, p. 41.

En materia de actuación judicial también influyen otras tendencias estrechamente vinculadas al anti-tradicionalismo de fuentes, asociadas a los procesos de interpretación del Derecho. Sin desviar el centro de atención del presente análisis basta mencionar los llamados métodos “más audaces” de interpretación²³. Dicha perspectiva permite hablar frente a los métodos hermenéuticos tradicionales recaídos sobre la norma escrita (literal, lógico, sistemático, etc.) de otros como la ponderación de derechos e intereses en conflicto²⁴, la interpretación conforme a la Constitución²⁵ o la derrotabilidad de las reglas legisladas²⁶, por solo citar algunos ejemplos. En todos estos casos aparece una oposición frontal al literalismo jurídico como piedra angular del razonamiento argumentativo, lo que equivale a apreciar cierto desplazamiento del fundamento de la decisión desde la ley hacia otros recursos explicativos que funcionan también en el sentido de fuentes de la decisión jurídica.

Compartiendo la visión anti-tradicionista aparece la formulación del enfoque de circularidad o el “pastel de fuentes”, que sostiene el profesor GONZÁLEZ JÁCOME con apoyo en los modelos de la relación competitiva de las fuentes de Ugo MATTEI y de la argumentación como juego estratégico de Duncan KENNEDY. En esta se afirma que las fuentes en la práctica argumentativa son escogidas por el fallador en un rango muy amplio²⁷, de ahí que su pre-jerarquización no puede controlar el ejercicio argumentativo: el juez va eligiendo

23 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces en América Latina: historia, usos y técnicas*, San Salvador, 2011, capítulo 2.

24 Cfr., BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 225-238; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neo-constitucionalismo y ponderación judicial”, en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 201-228.

25 *Vid, inter alia*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra. ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 63-103; LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Interpretación constitucional*, 2da. ed., Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006; FREIXES SANJUÁN, T., “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 4, 1993, pp. 37-51; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, en *Repertorio Avanzado del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2000, pp. 1799-1824 y “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, en *Alter Justitia*, 2011, pp. 24-42.

26 GUASTINI, Riccardo, “Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, en *Análisis Filosófico*, vol. XXVI, núm. 2, 2006, pp. 277-293; BAYÓN, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 87-117; RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2001, pp. 63-84.

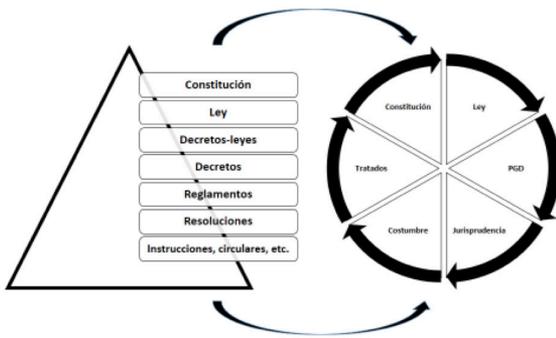
27 GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, “El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica”, en *Vniversitas*, núm. 112, 2006, p. 292.

con cierta libertad fuentes válidas para sustentar el razonamiento, pretendiendo no perder la legitimidad de su fallo, lo que produce distintos panoramas de fuentes según el tipo de caso y la decisión del órgano específico.²⁸

Este enfoque de circularidad difiere de la concepción piramidal y abre el espectro de fuentes en los ordenamientos internos. Lo anterior se opone a clasificaciones como las del carácter supletorio o de medio auxiliar que conducen a la desnaturalización de algunas fuentes, entre ellas la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia. De ahí que GONZÁLEZ JÁCOME reconozca que para algunos operadores jurídicos la forma más cómoda de presentar el panorama de fuentes siga siendo la tradicional pirámide, pero el “uso de ella no obedece a una aplicación obligada de una teoría sino a que ella responde mejor a sus necesidades de legitimidad política”.²⁹

En cambio el “pastel de fuentes” pudiera convertirse -y de hecho lo es, para determinados operadores- en una forma de leer las fuentes del Derecho distinta a la pirámide. Este modelo estará representado por un círculo en donde las dimensiones de las porciones se determinarán caso por caso, lo que permitiría superar la tantas veces mencionada idea piramidal en la construcción teórica del discurso de fuentes y su carácter estático que, con suficiencia se ha comprobado que poco aporta en la descripción de la práctica jurídica, que es en definitiva, dinámica.

Intentando graficar el cambio de enfoque, el comportamiento argumentativo de los operadores transitaría en el modo que se describe a continuación:



28 *Ibidem*, pp. 290-291.

29 *Ibidem*, p. 290.

Si bien GONZÁLEZ JÁCOME establece que en la base del “pastel de fuentes” las proporciones pueden variar, correspondiendo según el caso una porción mayor, *v. gr.*, a la Constitución, a la ley, o a la jurisprudencia, ello dependerá de las propias características del caso y del esfuerzo argumentativo que demande. Aunque cualquier intento de explicar en este punto la distinción entre casos fáciles y difíciles excedería los propósitos del artículo, se reputa obvio el hecho de que en los casos difíciles, es decir, “en donde la extensión explícita de las distintas convenciones legales no contengan nada de decisivo y el juez debe por lo tanto ejercer su discreción empleando normas extralegales”³⁰ gana más notoriedad el enfoque de circularidad, el cual suma como ventaja la combinación o mezcla de las fuentes y los procedimientos para la solución de las controversias jurídicas.³¹

La gráfica anterior se ha elaborado sobre la base del tradicional esquema piramidal empleado frecuentemente en la explicación de la estructura del ordenamiento jurídico cubano (aunque excluye la integración de valores y principios, posición defendida, entre otros profesores, por FERNÁNDEZ BULTÉ³² y PRIETO VALDÉS³³). Cabe resaltar que el esquema piramidal entroniza no solo el monopolio estatal en la producción jurídica interna, sino dentro de este, el monopolio normativo *per se* (legislativo, resolutorio, reglamentario, etc.), excluyendo otras fuentes que tienen su origen en órganos estatales legitimados como los tribunales (en el caso de la jurisprudencia), o en la actividad de los propios órganos del Estado para las relaciones exteriores (respecto a los tratados internacionales), aun cuando estos últimos guardan identidad con los órganos superiores de poder del Estado cubano que gozan de potestad legislativa y ejecutiva.

Al no configurarse en nuestro ordenamiento tampoco un bloque de constitucionalidad todas estas manifestaciones quedan fuera del esquema de fuentes, como también la costumbre jurídica (inclusive la que se configura a través de los usos del comercio, que tienen

30 DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2da. ed., Gedisa, Barcelona, 2012, p. 100.

31 Idea que sostiene Bernal Cano, como presupuesto de una tutela superior de derechos e intereses y del cumplimiento de las reglas del debido proceso. Vid., BERNAL CANO, Natalia, “El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales”, en *Estudios Socio-Jurídicos Bogotá*, vol. 12, núm. 1, 2010, pp. 11-34.

32 FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *op. cit.*, p. 155.

33 PRIETO VALDÉS, Martha, “Particularidades del Estado y del Derecho en Cuba”, en VALDÉS DÍAZ, C. *et al.*, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 95.

consecuentemente un respaldo en el Código de Comercio vigente). Las ventajas de la institucionalización y esquematización del bloque de constitucionalidad (entre cuyos ejemplos figuran los del ordenamiento jurídico español³⁴ y el ecuatoriano³⁵) residen en establecer un modelo que quiebra frente a la pirámide normativa la cuestionada verticalización de las fuentes, ampliando y colocando en sectores intermedios entre la Constitución y la ley a otras manifestaciones jurídicas, entre las que destacan los principios, tratados, costumbres, jurisprudencia constitucional, etc. Empero, cabe reiterar, este esquema no tiene aplicación en nuestro Derecho.

Frente a estos argumentos es necesario insistir en las limitaciones que padece el modelo legalista tradicional frente al proceso argumentativo y en su lugar las oportunidades que ofrece desde un enfoque metodológico y práctico distinto el enfoque de circularidad en el uso de las fuentes. La libertad de escogencia y la posibilidad de complementación ponen en manos del operador jurídico, especialmente el juez, una amplia gama de recursos en los que puede sostener su decisión, ampliando al mismo tiempo los medios para la argumentación jurídica. Este modelo, frente a la ausencia o deficiencia de la norma opera como mecanismo de solución, bien en el sentido de cubrir los vacíos normativos mediante la integración del Derecho, que demanda un esfuerzo verdaderamente creativo por parte del juez; o complementando la regla jurídica que adolece de alguna insuficiencia o deficiencia en el orden técnico o de su propia eficacia social.

3. El principio de universalidad en el razonamiento jurídico

El principio de universalidad en el razonamiento jurídico tiene su origen en la formulación del imperativo categórico kantiano. El análisis verdaderamente complejo del mundo moral que desarrolla KANT puede resumirse en lo que ahora interesa en la noción desprendida de la construcción teórica de su imperativo categórico fundamental mediante el cual, actuando como una especie de regla procedimental, pueden derivarse deberes morales, que siendo aplicados correctamente conducirían a un mismo resultado. Estas reflexiones son el punto de partida del excelente ensayo del profesor y

34 Cfr., APARISI, Ángela; LÓPEZ, Francisco, "Fuentes del Derecho", en DE LUCAS, Javier (ed.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, p. 307.

35 Cfr., GARAICOA ORTIZ, Xavier, *Hacia un sistema constituyente de derechos humanos*, Universidad de Guayaquil, 2006, pp. 15-20.

magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana Roberto LARA CHAGOYÁN³⁶, que sirve de referencia para comentar algunos aspectos sobresalientes acerca del principio de universalidad aplicado al razonamiento jurídico.

Concretamente, este principio se traduce al ámbito de las decisiones jurídicas de la siguiente manera:

“[Los jueces] deben argumentar sus decisiones con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. No sería aceptable que fundamentaran sus decisiones en criterios *ad hoc*, caprichosos o coyunturales. El juez debe resolver los casos concretos, de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta”.³⁷

Como afirma el autor mexicano muchos teóricos han aceptado la exigencia de la universalidad como el requisito mínimo de racionalidad que deben tener las decisiones judiciales en una sociedad democrática. Y lo demuestra acudiendo planteamientos de PERELMAN y MACCORMICK en el sentido de que los jueces deben guiarse para resolver conflictos por el principio de justicia formal que obliga a decidir de manera igual casos iguales. Así también apoya su discurso en ATIENZA, el cual apelando a fórmulas de lógica jurídica expone la siguiente situación: para justificar una determinada decisión (d) hay que ofrecer razones particulares A, B y C, pero estas razones particulares no son suficientes; se necesita además un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A, B y C debe tomarse la decisión (d).³⁸

LARA CHAGOYÁN describe las ventajas de la utilización del principio de universalidad atendiendo al criterio de la Corte Constitucional colombiana en la resolución SU 047/99, de 29 de enero de 1999. En esta sentencia la Corte se pronunció a favor del mencionado principio por cuatro razones de “gran importancia constitucional”, a saber: i) por elementales consideraciones de seguridad jurídica y coherencia del sistema que se traduce en estabilidad y previsibilidad de

36 LARA CHAGOYÁN, Roberto, “El principio de universalidad en el razonamiento jurídico”. Disponible en: www.juridicas.unam.mx [Consulta de 22 de mayo de 2016], p. 227.

37 *Ibidem*, p. 225.

38 *Ibidem*, pp. 225 y 226.

las decisiones; ii) en aras de proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico; iii) en virtud del principio de igualdad: no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta; iv) como mecanismo de control de la propia actividad judicial.³⁹

Podemos cuestionar algunas de estas ventajas (particularmente la contenida en el numeral ii, que por su enfoque pudiera interpretarse en un sentido liberal), pero resulta inobjetable que esta proposición se traduce en una necesidad para el ordenamiento, aun frente a la resistencia derivada de la consabida crítica a la función judicial en tanto poder contra-mayoritario -que se traduce en el contexto jurídico continental en el rechazo a la función creadora del juez y, por ende, al valor de fuente formal de la jurisprudencia. La universalidad en el razonamiento jurídico no es necesariamente una teoría del precedente judicial. Si bien descubre las virtudes de un sistema de esa naturaleza no se trata aquí de imponer un esquema de actuación propio del Derecho anglosajón, sino de adecuarlo a las circunstancias de los que la propia Corte Constitucional de Colombia llama “sistemas de Derecho legislado”, entre los cuales, lógicamente, se inserta el nuestro.

La aplicación del principio de universalidad tiene una especial significación en el campo de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. Solo a modo de muestra resulta interesante plantear los puntos de conexión entre la teoría alexiana de las construcciones acerca del efecto de los derechos fundamentales en terceros⁴⁰ y el precitado principio⁴¹. Con sobrada justificación reconoce ALEXY que en esta construcción el segundo nivel referido a los derechos del

39 *Ibidem*, p. 227.

40 Estas tres construcciones hacen referencia al efecto mediato en terceros, el efecto inmediato y el efecto producido a través de derechos frente al Estado, tópicos que el profesor de Kiel desarrolla ampliamente en el texto de referencia. Cfr., ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993, pp. 511 y ss. Recientemente la *Revista Cubana de Derecho* ha publicado un interesante artículo que aborda con más detenimiento la aportación de ALEXY al tema en cuestión. Vid., ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, “Ubicuidad, irradiación y efecto en terceros de los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy”, en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 47, ene-jun. 2016, pp. 140-161.

41 Sobre este modelo -y específicamente sobre la equivalencia de resultados, aspecto puntual que se desea ahora resaltar- concluye ALEXY: “En tanto construcciones referidas a la actividad judicial, las tres son equivalentes en sus resultados (...) El hecho de que el inventor de una construcción la haya creado para obtener otros resultados a los alcanzados con las construcciones ya existentes, el hecho de que los representantes de una construcción tiendan a otros resultados que los de otras construcciones o el hecho de que una construcción sugiera más unos resultados que otros, no afecta la equivalencia de resultados. Lo que importa es que en todos los casos se *puede* alcanzar el mismo resultado”. *Ibidem*, p. 514.

ciudadano frente al Estado está “explícitamente *basado en la jurisprudencia*”⁴². Lo anterior no supone que contra aquella construcción basada en la jurisprudencia judicial (*sic*) se confiera al individuo una expectativa o un derecho a que el resultado de la decisión sea *iusfundamentalmente* conforme en todos los aspectos, ni que el fallo sea simplemente correcto, sino que le confiere el derecho a que se tomen en cuenta “en la debida medida los principios iusfundamentales que apoyan *su posición*”⁴³. Pero aun considerando solo esta última exigencia se obtiene de por sí un saldo satisfactorio en materia de unidad del criterio jurisdiccional, que es una de las premisas contenidas en el principio de universalidad aplicado al razonamiento jurídico.

Toda vez que el objetivo del presente análisis también apuesta por el necesario reconocimiento normativo de la validez formal de la jurisprudencia en el sistema de fuentes y, como podrá corroborarse más adelante, una de las condiciones planteadas está orientada a identificar esta manifestación en el núcleo decisonal de la sentencia, es oportuno destacar la afirmación de LARA CHAGOYÁN en torno a que la existencia de la *ratio decidendi* en una sentencia resulta precisamente del respeto al principio de universalidad, de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente, sino en base a normas aceptadas y conocidas por todos como factor de legitimación democrática del amplio poder que tienen los jueces en una determinada sociedad.⁴⁴

La observancia del principio comentado, como regla “sencilla” de justicia formal, contribuiría a eliminar -tomando las palabras del autor mexicano- en un alto grado los problemas de inconsistencia jurisprudencial en un sistema jurídico -sin dudas, el nuestro los padece-; coadyuvando al mismo tiempo a cerrar contra la actuación judicial las grandes “avenidas de crítica y ataque”.⁴⁵

Las áreas comunes que comparten las tesis anti-traditionalistas (en particular el enfoque de circularidad en el uso de las fuentes) y el principio de universalidad en el razonamiento jurídico quedan marcadas por la necesidad de mayor seguridad jurídica, de unidad y coherencia del ordenamiento, de la exigencia de un *minimum* de

42 *Ibidem*, p. 519.

43 *Ibidem*, p. 520.

44 LARA CHAGOYÁN, Roberto, *op. cit.*, p. 229.

45 *Ibidem*, p. 246.

uniformidad y predictibilidad de las decisiones judiciales como medida de autocontrol de la importante función estatal de administrar justicia, que se combina justamente con la existencia de mayores recursos para la argumentación de las decisiones en manos del operador. Correlativamente estas condiciones amplían el espectro de tutela de derechos e intereses ciudadanos y su capacidad de respuesta ante la posible vulneración de los mismos, ya provengan los actos de autoridades públicas o de sujetos privados.

4. ¿Es posible -y necesario- el cambio de paradigma en el Derecho cubano?

Esta última interrogante resume otros cuestionamientos hechos con anterioridad e intenta con su respuesta ofrecer algunos horizontes explicativos que justifiquen la utilidad del presente análisis. Debe acotarse, además, que no se trata del cambio de un único paradigma, sino de varios, que puedan de algún modo contribuir al perfeccionamiento de la práctica jurídica y, en particular de la función judicial, enfrentada en la actualidad a un contexto de cambios sociales y económicos de gran envergadura.

Hablando de paradigmas se enfatizará en los dos centrales: el tránsito hacia una concepción anti-tradicionalista sobre las fuentes del Derecho, que implique la asimilación del modelo o enfoque de circularidad en su uso por parte de los operadores jurídicos y la observancia del principio de universalidad aplicado al razonamiento jurídico como regla procedimental que aspira a la uniformidad de las decisiones judiciales en tanto premisa de la seguridad jurídica, la unidad y coherencia del sistema, la igualdad y justicia formal frente a las decisiones jurisdiccionales y la mayor tutela de derechos e intereses ciudadanos.

Tomaré a tal efecto como muestra algunas sentencias pronunciadas en salas del Tribunal Supremo Popular (en lo adelante, TSP) a lo largo de la última década. El criterio de selección obedece al rol principal de este órgano en la administración de justicia en Cuba y en el proceso de concreción en la práctica jurídica de su función de contribuir a la uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley, aunque también del resto de las fuentes del Derecho como examinaremos a continuación.

¿Es posible calificar a nuestros jueces como anti-tradicionalistas?
¿Aplican en sus decisiones el enfoque de circularidad en el uso de las fuentes del Derecho en la argumentación de sus decisiones?

Son preguntas que, indudablemente, exceden por mucho el alcance de este estudio, pero resultan necesarias para colocarlo en contexto. En relación a la primera interrogante, si bien demanda análisis más profundos -probablemente algunos de carácter sociológico-, considero que la respuesta es negativa. Padecen hoy nuestros jueces, vistos desde sus resoluciones, de un apego a la argumentación de las resoluciones basados primordialmente en la ley. Es cierto que el mandato constitucional y legal les impone solo obediencia a la ley, pero esta interpretación sigue siendo restrictiva en relación a un universo jurídico que rebasa con creces la dimensión normativa.

Lo antes dicho no desconoce los importantes pasos de avance hacia cierto principalismo en la fundamentación de las sentencias o, incluso, el denotado esfuerzo en utilizar los preceptos constitucionales en el tracto argumentativo de dichas resoluciones⁴⁶. Sin embargo, en uno y otro casos e incluso frente a posibles inconsistencias o vacíos normativos -que los propios jueces identifican en su labor cotidiana⁴⁷- parece improbable fundamentar fuera del esquema que provee la legislación vigente, sin que ello redunde en ilegalidad o injusticia del fallo o tal vez en el quebrantamiento de las formalidades establecidas. Esto es, sin dudas, un fuerte signo de tradicionalismo todavía presente en los funcionarios judiciales.

No obstante, diversas sentencias revisadas confirman el uso complementario de las fuentes del Derecho en la argumentación de las decisiones judiciales. Incluyendo la propia Constitución⁴⁸, se

46 Dos estudios, a modo de ejemplo, reflejan esta realidad, a mi juicio, muy distante de lo deseado. En síntesis, el carácter jurídicamente supremo de la Constitución es razón más que suficiente para su directa aplicabilidad sin requerir otro recurso o complemento. No puede ser este un proceso "forzado", *in mentis* del juez. De hecho, la interpretación conforme a la letra constitucional es de por sí un método "audaz" de interpretación, capaz de derribar cualquier regla prescrita. Cfr., PRIETO VALDÉS, Martha, "En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario", en *Revista Cubana de Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 5-18; FERRARI YAUNNER, Majela; ARREDONDO SUÁREZ, Isabel, "La Constitución cubana en la argumentación de sentencias civiles y administrativas del TSP", en *Justicia y Derecho*, año 10, núm. 19, 2012, pp. 69-81.

47 Los anexos contenidos en la investigación doctoral de la profesora FERRARI YAUNNER reflejan datos de interés sobre este hecho. *Vid.*, FERRARI YAUNNER, Majela, *Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba*. Tesis en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2010.

48 Las sentencias que se enuncian corresponden a una muestra utilizada de las dictadas por las salas del TSP en el periodo 2011-2015, publicadas en el *Boletín del Tribunal Supremo Popular*. Con mayor detalle son sistematizadas en: PALACIO CASTILLO, Lianet, *Las fuentes formales del Derecho. Premisas para su reconocimiento constitucional en Cuba*. Tesis en opción al título académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Santiago de Cuba,

hacen mención también a los tratados internacionales⁴⁹, principios generales del Derecho⁵⁰ y pese a no existir anuencia en torno a su valor como fuente formal, también existen referencias del uso directo de la jurisprudencia (por el momento, me limitaré a exponer los ejemplos en relación al “uso explícito” del término, toda vez que la tesis que sostengo sobre la validez formal de esta fuente en Cuba incorpora otros elementos, especialmente relacionados con la reiteración de criterios en salas del TSP).⁵¹

De cómo algunas de las sentencias dictadas por el órgano supremo de justicia son ejemplos de un progresivo enfoque de circularidad y demuestran la capacidad de los jueces de enriquecer su argumentación en función de un uso complementario de las distintas fuentes que sustentan el razonamiento jurídico, puede dar fe la sentencia No. 242 de 18 de marzo de 2014, sobre conductas asociadas a la criminalidad organizada, cuya ponente es la jueza Ma-

2016, pp. 66 y ss. Sentencias No. 210, de 31 de mayo de 2011 (materia civil); No. 41, de 29 de julio de 2011 (económica); 1750, de 21 de diciembre de 2011 (penal); No. 90, de 30 de enero de 2012 (laboral); No. 829, de 28 de septiembre de 2012 (laboral); No. 1274, de 4 de octubre de 2012 (penal); No. 1380, de 29 de noviembre de 2013 (administrativa); No. 247, de 27 de diciembre de 2013 (económica); No. 599, de 29 de agosto de 2014 (civil); No. 49, de 31 de marzo de 2014 (económica); No. 55, de 31 de marzo de 2014 (económica); No. 68, de 30 de abril de 2014 (económica); 118, de 30 de junio de 2015 (económica); No. 502, de 19 de agosto de 2015 (civil); No. 814, 30 de noviembre de 2015 (laboral).

49 Sentencias No. 235, de 28 de febrero de 2011 (penal); No. 26, de 16 de mayo de 2011 (económica); No. 210, de 31 de mayo de 2011 (civil); No. 72, de 29 de febrero de 2012 (civil); No. 239, de 31 de mayo de 2013 (civil); No. 31, de 10 de diciembre de 2013 (penal); No. 242, de 18 de marzo de 2014 (penal); No. 2848, de 21 de octubre de 2014 (penal); No. 106, de 27 de agosto de 2014 (económica); No. 814, 30 de noviembre de 2015 (laboral).

50 A modo de muestra, sobre el principio de buena fe: sentencias No. 190, de 26 de mayo de 2011 (materia civil); No. 72, de 31 de octubre de 2011 (económica); No. 1412, de 30 de noviembre de 2012 (administrativa); No. 229, de 31 de mayo de 2013 (civil); No. 94, de 31 de julio de 2014 (económica); equidad: sentencias No. 4790, de 26 de diciembre de 2011 (penal); No. 1736, de 19 de julio de 2012 (penal); No. 36, de 27 de febrero de 2012 (civil); No. 821, de 25 de junio de 2013 (penal); No. 243, de 27 de diciembre de 2013 (económica); No. 430, de 30 de abril de 2014 (administrativa); legalidad: sentencias No. 251, de 30 de junio de 2011 (penal); No. 745, de 29 de junio de 2012 (administrativa); No. 164, de 28 de diciembre de 2012 (económica); No. 995, de 30 de abril de 2013 (penal); No. 744, de 28 de octubre de 2013 (laboral); No. 6, de 6 de marzo de 2014 (penal); No. 682, de 30 de junio de 2014 (penal); No. 1136, de 18 de diciembre de 2014 (laboral); No. 388, de 31 de marzo de 2015 (penal); seguridad jurídica: sentencias No. 34, de 31 de enero de 2011 (civil); No. 909, de 29 de julio de 2011 (administrativa); No. 20, de 28 de septiembre de 2012 (penal); No. 1405, de 30 de noviembre de 2012 (civil); No. 328, de 30 de mayo de 2014 (civil); No. 999, de 26 de septiembre de 2014 (penal); No. 374, de 27 de mayo de 2015 (laboral).

51 Sentencias No. 103, de 28 de diciembre de 2006 (económico); No. 4200, de 27 de septiembre de 2007 (penal); No. 177, de 29 de febrero de 2008 (administrativo); No. 242, de 18 de marzo de 2014 (penal) y Auto de 29 de junio de 2007 (civil).

rily FUENTES ÁGUILA; sentencia de la cual se extraen los siguientes fragmentos, sin menospreciar otros argumentos relevantes corporificados en su extensa y rica fundamentación:

“(…) Tercer Considerando: Que no es posible estimar la falta denunciada por la recurrente YCSP, con apoyo en el artículo 70.4 de la Ley de procedimiento penal (...) reiteradamente ha declarado la doctrina y jurisprudencia que los elementos subjetivos no tienen por qué incluirse en el relato de la sentencia, por su carácter de apreciaciones subjetivas (...)”

Quinto Considerando: Pese a las diversas teorías asociadas a la participación del extraño o las discutidas funciones para ser declarado responsable de este ilícito, es criterio de esta sala que en aquellos delitos asociados a la corrupción, dentro de los que se encuentra la malversación, y los delitos funcionariales, todos son autores en virtud de lo previsto en el Artículo 18.4 del Código penal, por ser nuestro país signatario de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y, por tanto, en última instancia no se ofrece la posibilidad de discusión de otras formas de participación delictiva (...)”.

En el texto seleccionado se subrayan determinados elementos que aportan en su carácter de fuentes a delinear el esquema argumentativo del juzgador, con un enfoque verdaderamente plural, complementario, incorporando inclusive en otros apartados de la resolución comentada principios constitucionales en los cuales también se sustenta el fallo. Retomando la definición de fuentes como todo recurso que sirve al juez para fundamentar jurídicamente su actuar, esta muestra confirma la pertinencia de tal aserto y que es posible y necesario el cambio de paradigma: de una decisión limitada a las fronteras interpretativas de la ley a una argumentación con vocación de circularidad que eche manos a la riqueza explicativa que la propia multidimensionalidad del Derecho ofrece.

En relación a la observancia del principio de universalidad en la actuación judicial el panorama no se muestra con el mismo optimismo. Y esto depende de varios factores. En el orden procedimental, el primero y uno de los más importantes, sin dudas, es la inexistencia de un sistema de validez formal de la jurisprudencia. En el plano subjetivo, por otro lado, operan factores implícitos en la psicología del juzgador, que forman parte de su esquema moral: el seguir o no pautas de conducta anteriores y ser consistentes hacia el futuro con determinado modo de actuación previo, lo cual lleva

consigo una fuerte carga de voluntad y motivaciones (internas y externas) de distinta naturaleza.

Los factores descritos provocan que con cierta frecuencia se cuestione el papel de los tribunales por los sistemáticos cambios de orientación decisional en asuntos que guardan cierta similitud. Un caso de estudio aparece en un detallado análisis jurisprudencial en el cual, a propósito de diferentes criterios sostenidos por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP sobre la apreciación del cumplimiento de los requisitos *ex lege* para ostentar la condición de heredero especialmente protegido, bien exigibles al momento de testar o solo al deceso del testador (sentencias No. 213 de 29 de marzo de 1996, No. 934 de 29 de noviembre de 1996 y No. 189 de 31 de marzo del 2003), el profesor PÉREZ GALLARDO afirma que no es dable “que se cambie de criterio jurisprudencial, de una sentencia para otra en un brevísimo periodo de tiempo, incluso por la propia ponente y, sin embargo, no se diga la razón motivadora del cambio, esto es, se exponga el por qué no se resuelve como en casos anteriores, o al menos se ofrezca la explicación o razonamiento de por qué se cambia de motivación y de fallo”.⁵²

Aplicando instrumentos para graficar el comportamiento de líneas jurisprudenciales en tres materias seleccionadas (régimen de comunicación, idoneidad demostrada y cese de convivencia) se pudo comprobar que en los pronunciamientos en salas del TSP no existía una orientación decisional uniforme. En el primer supuesto *ratione materiae*, que tomaré como ejemplo, la sala de esa instancia manejó con un alto grado de variabilidad como *ratio decidendi* la comunicación supeditada al interés superior del menor (sentencias No. 306 de 2005; No. 653 de 2007; No. 63 de 2009 y No. 502 de 2015); en tanto ponderó, en otros procesos, el derecho de los padres (sentencias No. 645 de 2006 y No. 162 de 2010). En la sentencia No. 42 de 2010 la Sala de lo Civil y de lo Administrativo optó por situarse en un término medio entre estos dos argumentos. Un comportamiento similar se manifestó en las otras dos materias mencionadas⁵³. Por este efecto la posible -y aparentemente “simple”- regla procedimental ex-

52 PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)”, en *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010.

53 Los detalles de estas gráficas jurisprudenciales pueden revisarse en: BRUZÓN VILTRES, Carlos Justo, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Condiciones para su validez formal en Cuba*. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2016, anexo 5.

presada en términos de que a casos similares corresponden soluciones similares cedería irremisiblemente frente a los constantes cambios de orientación decisional, en la mayoría de los casos insuficientemente fundamentados.

Los criterios contradictorios se producen inclusive más allá de la resolución de casos concretos. Acontecen igualmente respecto a la identificación y valoración de las fuentes del Derecho. Un caso particularmente relevante -y sistemáticamente citado en algunos estudios- es el relacionado con el carácter de fuente atribuido a los principios jurídicos, en particular: *nemo auditur propiam turipitudinem allegans*. Aquí existió un pronunciamiento previo del Tribunal Provincial Popular de Matanzas negando todo valor a dicho principio en razón de no estar configurado normativamente. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP resolvió posteriormente el recurso de casación afirmando que este principio gozaba del carácter de fuente material e indirecta del ordenamiento y por ende eran perfectamente apreciables sus efectos jurídicos.⁵⁴

En relación con la jurisprudencia y su uso en sede del TSP llaman la atención opiniones contrapuestas, de cuyas expresiones tomo un ejemplo. Dentro de las cinco resoluciones comentadas *supra*, la sentencia No. 4200 de 27 de septiembre de 2007, pronunciada en la Sala de lo Penal, cuyo ponente fue Ortelio JUIZ PRIETO, constituye verdadera *ave raris* en el presente análisis. La cuestión no está solo en el haber invocado expresamente en su Tercer Considerando la doctrina jurisprudencial de dicha sala, en materia de definición de alevosía, sino que además se hace en sede penal, donde se supone está proscrito en virtud del principio de legalidad el uso de otras fuentes, y menos de “doctrina jurisprudencial”.

Meses antes, en la sentencia No. 321, de 30 de mayo de 2007, se había dejado explícitamente sentado que “en nuestro sistema de Derecho Civil la jurisprudencia no constituye fuente de derecho, por lo que una interpretación de ley en un caso concreto emitida por la valoración subjetiva de un juez en proceso anterior, no puede ser traída

54 Cfr., ARREDONDO SUÁREZ, Isabel, “Los principios generales del Derecho en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico cubano”. Ponencia presentada en el III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2006, p. 13 y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Código Civil de la República de Cuba. Ley No.59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2014, pp. 9-10. Particularmente no concuerdo con la calificación de fuente material e indirecta atribuida a los principios generales del Derecho, pero al mismo tiempo no puedo soslayar la importancia capital que ha tenido la interpretación y solución brindadas a este supuesto y su impacto en el terreno tanto práctico como doctrinal.

a este proceso que es de diferente naturaleza jurídica para sustentar su fallo” (Tercer Resultando). La dicotomía es doblemente interesante, dado que habitualmente se le confiere a la materia civil mayor flexibilidad en el proceso de construcción jurisprudencial del Derecho, conclusión echada por tierra en este singular pronunciamiento.

La intención concreta que persiguen estos ejemplos, que tal vez disten bastante de otros fenómenos análogos que cotidianamente pueden estarse produciendo en el foro, es mostrar que bajo los presupuestos actuales de nuestro Derecho no es posible exigir la observancia del principio de universalidad (salvo en las excepciones que están representadas por la reiteración de criterios de salas del TSP en la argumentación de las decisiones judiciales), amén de las ventajas antes descritas, de su utilidad tanto teórica como práctica. Parte de la solución, a juicio personal, estaría en el reconocimiento de la validez formal de la jurisprudencia como fuente del Derecho cubano, bajo determinadas condiciones -que desarrollo con detenimiento en la investigación citada.⁵⁵

Las condiciones de validez que mayor conexión tienen con la posible configuración de dicho principio parten de reconocer el rol de las salas del TSP en la formación de la jurisprudencia y su localización en la *ratio decidendi* de las sentencias dictadas en esta instancia, con tendencia a su reiteración; la conformación de los patrones decisionales sobre la base de la colegiación y consenso, expresándose como criterios de sala; la posibilidad de cambio jurisprudencial, debidamente argumentado; la publicidad de los criterios jurisprudenciales y el efectivo carácter vinculante de la jurisprudencia, complementado con mecanismos de control casacional. La justificación de esta propuesta debe encontrarse en las actuales limitaciones presentes en el proceso legislativo interno, las exigencias de seguridad jurídica y sistematización del Derecho, la ampliación de las vías de control de las actuaciones judiciales y la necesidad de contar con medios complementarios para la materialización de la justicia. En este punto se confirman las posibles aportaciones a la delineación del principio de universalidad que implica, tal cual se ha dicho, mayor seguridad, coherencia y predictibilidad en las decisiones judiciales.

No se trata en ningún modo, cabe insistir, de adoptar un modelo que culturalmente nos sea ajeno, hablando en términos de sistemas

55 BRUZÓN VILTRES, Carlos Justo, *La jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

jurídicos. Esta propuesta toma en consideración experiencias de sistemas de jurisprudencia obligatoria (como son los casos mexicano, colombiano y ecuatoriano), que se desarrollan en los marcos del Derecho continental, contando además Cuba con una experiencia precedente relativa a la infracción de doctrina legal como causal de casación en sede civil, por donde se filtró durante varias décadas la jurisprudencia en su sentido de fuente. Existió, por ende, una cultura jurisprudencial que quebró ante la vuelta al legalismo que se produjo en la década de los años setenta del pasado siglo.

En contextos diferentes, con propósitos y resultados distintos, considero que ciertamente el Derecho jurisprudencial ha sido y debe ser una herramienta más al servicio del perfeccionamiento de nuestro ordenamiento, de las garantías frente a los complejos procesos de cambios sociales y económicos por los que atraviesa el país; así como a la necesidad de tutelar con nuevas y eficaces herramientas jurídicas, más allá del espectro protector de la ley, los derechos e intereses tanto individuales como colectivos.

5. Conclusiones

El modelo tradicional basado en la supremacía de la ley cede inexorablemente espacios en la contemporaneidad a las tendencias anti-traditionalistas que proveen al operador jurídico de medios más amplios para argumentar sus decisiones. En este contexto se impone un necesario enfoque de circularidad en el uso de las fuentes, que se combina con la exigencia de universalizar el razonamiento jurídico buscando mayor coherencia, seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones, especialmente en el ámbito judicial.

La fórmula de que a casos similares corresponden similares soluciones es de imposible materialización cuando no existen mecanismos adecuados de control jurisprudencial. Esto no presupone abandonar principios como la independencia judicial, dada la relativa flexibilidad de los sistemas jurisprudenciales de base continental en relación al cambio jurisprudencial, siempre que opere como requisito esencial la argumentación de la decisión. Dicha exigencia pudiera influir en mantener con cierta estabilidad los patrones decisionales, con énfasis en las salas del TSP, creando expectativas en operadores y ciudadanos respecto al posible resultado del proceso.

A través del análisis de sentencias dictadas en el TSP se comprueba que si bien aún subsisten fuertes signos de tradicionalismo

en el esquema argumentativo de nuestros jueces, favorablemente en determinadas resoluciones se amplía el espectro con el empleo de fuentes distintas a la ley, incluyendo a la Constitución, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales y la jurisprudencia; esta última esencialmente derivada de criterios de sala que operan como guías del razonamiento para el juez en casos posteriores, aunque no con carácter vinculante debido a su inexigibilidad formal, lo cual sin dudas afecta el propio valor de fuente de la jurisprudencia en el Derecho interno e impacta negativamente en la materialización del principio de universalidad aplicado al razonamiento jurídico.

Bajo determinadas condiciones es posible -y necesario- instrumentar un sistema de validez formal de la jurisprudencia dentro de las fuentes del ordenamiento jurídico cubano, planteadas hoy de forma asistémica; hecho que afecta la certeza en su uso por parte de los operadores, en particular los jueces, limitando tanto a estos como a los ciudadanos de contar con herramientas complementarias para la tutela de derechos e intereses en conflicto.

Actualidad Jurídica en México y Cuba

Tomo I

de EDGAR ALÁN ARROYO CISNEROS Y MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
(COORDINADORES)

Edición en tiraje de 500 ejemplares mas sobrantes para reposición.
Terminó de imprimirse en noviembre de 2017 en los talleres de

AGLI EDITORIAL

Canelas 610 Col. Ciénega,

Tel. (618) 813-33-33 Durango, Dgo, Méx.



aglieditorial@gmail.com



ISBN 978-607-503-208-5



9 786075 032085

Obra Completa 978-607-503-207-8



9 786075 032078

