

¿Qué puede aprender México de otros países en materia de **federalismo judicial**?

Memoria del Congreso Internacional de **Federalismo Judicial, 2022**

Coordinador: Ricardo Alfredo Sodi Cuellar



ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado

**¿QUÉ PUEDE APRENDER MÉXICO
DE OTROS PAÍSES EN MATERIA
DE FEDERALISMO JUDICIAL?**

*MEMORIA DEL CONGRESO INTERNACIONAL
DE FEDERALISMO JUDICIAL*

(Escuela Judicial del Estado de México, Toluca, 4, 5 y 6 de octubre de 2022)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Jaume I de Castellón

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

CONSUELO RAMÓN CHORNET

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

ELISA SPECKMANN GUERRA

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

RUTH ZIMMERLING

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

¿QUÉ PUEDE APRENDER MÉXICO DE OTROS PAÍSES EN MATERIA DE FEDERALISMO JUDICIAL?

*MEMORIA DEL CONGRESO INTERNACIONAL
DE FEDERALISMO JUDICIAL*

*(Escuela Judicial del Estado de México,
Toluca, 4, 5 y 6 de octubre de 2022)*

RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

(Coordinador)



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web tirant.com/mx.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Esta obra pertenece a la Colección Editorial Rumbo al Bicentenario. Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Calle Leona Vicario núm. 301, Col. Santa Clara C.P. 50090, Toluca, Estado de México Tel. (722) 167 9200, Extensiones: 16821, 16822, 16804. Página web: <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem/>

Editor responsable:

Dr. Juan Carlos Abreu y Abreu
Director del Centro de Investigaciones Judiciales

Editora ejecutiva:

L. en D. María Fernanda Chávez Vilchis

Equipo editorial:

L. en D. Jessica Flores Hernández
L. en D. Orlando Aramis Aragón Sánchez

Diseño de portada:

Coordinación General de Comunicación Social
del Poder Judicial del Estado de México

La edición y el cuidado de esta obra estuvieron a cargo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Estado de México.

© Poder Judicial del Estado de México

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc,
CP 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-244-4
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

AUTORES

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

RAÚL CANOSA USERA

JAVIER S. ESKAURIATZA

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

JACQUES FREMONT

MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

CHRISTOPHER LANDAU

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

DIEGO VALADÉS

MONIKA VEENING

**CONSEJO DE LA JUDICATURA
DEL ESTADO DE MÉXICO**

MAGISTRADO DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR
Presidente

MAGISTRADO DR. EN D. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
Consejero

MAGISTRADO DR. EN D. ENRIQUE VÍCTOR MANUEL VEGA GÓMEZ
Consejero

JUEZA DRA. EN D. C. ASTRID LORENA AVILEZ VILLENA
Consejera

JUEZA M. EN D. P. P. EDNA EDITH ESCALANTE RAMÍREZ
Consejera

M. EN D. PABLO ESPINOSA MÁRQUEZ
Consejero

M. EN D. A. CRISTEL YUNUEN POZAS SERRANO
Consejera

JUNTA GENERAL ACADÉMICA

DR. RICARDO ALFREDO SODI CUELLAR

*Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura
del Estado de México*

DR. CÉSAR CAMACHO QUIROZ

Profesor-Investigador de tiempo completo de El Colegio Mexiquense

DR. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y Miembro de El Colegio Nacional*

DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

*Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

DR. GERARDO LAVEAGA RENDÓN

*Profesor del ITAM y Coordinador de la Comisión de Ciencia, Cultura y Derecho
de la Barra Mexicana Colegio de Abogados*

DR. DIEGO VALADÉS RÍOS

*Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

DR. JAIME LÓPEZ REYES

Director General

DRA. MARÍA DE LA LUZ RUIZ BELTRÁN

Coordinadora de Enlace Académico

DR. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

CONSEJO EDITORIAL

- | | |
|--|--|
| DR. EN D. JUAN CARLOS ABREU Y ABREU
<i>Poder Judicial del Estado de México</i> | LIC. EN D. MATEO MANSILLA-MOYA
<i>Revista Abogacía</i> |
| MTRA. EN D. MARÍA JOSÉ BERNÁLDEZ AGUILAR
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> | DRA. EN D. E. Y S. MARÍA SOLANGE MAQUEO
<i>Universidad La Salle</i> |
| DR. EN J. C. Y D. F. RODRIGO BRITO MELGAREJO
<i>Universidad Nacional Autónoma de México</i> | LIC. EN H. Y E. IVÁN MARTÍNEZ AGUIRRE
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| DR. EN D. MANUEL JORGE CARREÓN PEREA
<i>Instituto Nacional de Ciencias Penales</i> | DR. EN D. JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ
<i>Poder Judicial de la Federación</i> |
| DR. EN D. HÉCTOR CARREÓN PEREA
<i>Instituto Nacional de Ciencias Penales</i> | DRA. EN D. FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ
<i>Tecnológico de Monterrey</i> |
| DR. EN D. JAVIER ESPINOZA
DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ
<i>Universidad Anáhuac</i> | DR. EN C. S. LUIS RAÚL ORTIZ RAMÍREZ
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| LIC. EN D. MARÍA FERNANDA CHÁVEZ VILCHIS
<i>Poder Judicial del Estado de México</i> | DRA. EN D. YARITZA PÉREZ PACHECO
<i>Universidad Internacional de la Rioja en México</i> |
| DR. EN D. JOSÉ ANTONIO ESTRADA MARÚN
<i>Academia Interamericana de Derechos Humanos</i> | DR. EN D. HIRAM RAÚL PIÑA LIBIEN
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| DR. EN D. RAFAEL ESTRADA MICHEL
<i>Poder Judicial del Estado de México</i> | DR. EN D. FRANCISCO RUBÉN QUIÑONEZ
HUÍZAR
<i>Universidad Nacional Autónoma de México</i> |
| DR. EN C. P. Y S. ALFREDO GARCÍA ROSAS
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> | LIC. EN D. MARÍA GABRIELA STRAMANDINOLI
<i>Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México</i> |
| DR. EN F. D. JUAN JESÚS GARZA ONOFRE
<i>Universidad Nacional Autónoma de México</i> | M. EN D. JORGE ALEJANDRO VÁSQUEZ
CAICEDO
<i>Universidad Autónoma del Estado de México</i> |
| DR. EN C.P. Y P.C. ELISEO LÁZARO RUÍZ
<i>Instituto Nacional de Ciencias Penales</i> | |

Índice

PRESENTACIÓN	15
--------------------	----

PRIMERA PARTE ASPECTOS GENERALES DEL FEDERALISMO JUDICIAL

Capítulo 1

FEDERALISMO JUDICIAL: LA PERSPECTIVA DE UN EMBAJADOR.....	21
CHRISTOPHER LANDAU	
I. EL FEDERALISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	22
II. FEDERALISMO EN MÉXICO: MI EXPERIENCIA.....	33
III. EL FUTURO DEL FEDERALISMO: RETOS Y OPORTUNIDADES.....	37

Capítulo 2

DIVISIÓN DE PODERES Y FEDERALISMO JUDICIAL.....	41
DIEGO VALADÉS	

Capítulo 3

EL JUEZ EN UN SISTEMA MULTINIVEL.....	51
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS	
I. INTRODUCCIÓN-PLANTEAMIENTO	51
II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE DERECHOS. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	52
III. LA UNIÓN EUROPEA: LA INTEGRACIÓN POLÍTICA.....	56
IV. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA: EL JUEZ NACIONAL ES JUEZ DE LA UNIÓN EUROPEA	60
1. El principio de efecto directo, o eficacia directa del derecho de la Unión Europea..	61
2. El principio de primacía del derecho de la Unión Europea	63
3. Cuestión prejudicial	66
A. Definición y función: interpretación y aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea	66
B. Aspectos procedimentales.....	68
C. Efectos de las sentencias prejudiciales.....	68
V. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN DE DERECHOS. LA PROBLEMÁTICA LABOR DE UN JUEZ NACIONAL CON FUENTES INTERNACIONALES	69
VI. A MODO DE CIERRE	73
VII. BIBLIOGRAFÍA	73

Capítulo 4

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, ¿SIRVE DE EJEMPLO PARA MÉXICO? ..	77
JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
I. INTRODUCCIÓN.....	77
II. DESCRIPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	80
III. UN RÁPIDO BALANCE	85
IV. LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO.....	87
V. ¿QUÉ HAY DE UTILIDAD COMPARADA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA PARA EL CASO DE MÉXICO?	94
VI. CONCLUSIONES.....	95
VII. BIBLIOGRAFÍA	97

Capítulo 5

PERSPECTIVAS GLOBALES DEL FEDERALISMO JUDICIAL EN EL SIGLO XXI	99
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	99
II. LA POSICIÓN DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN LO TOCANTE AL ORGANISMO JUDICIAL MEXICANO.....	105
III. BIBLIOGRAFÍA	106

SEGUNDA PARTE EL FEDERALISMO JUDICIAL EN EL MUNDO

Capítulo 6

FEDERALISMO EN ALEMANIA: LAS CORTES Y LAS INSTITUCIONES.....	111
MONIKA VEENING	
I. INTRODUCCIÓN.....	111
II. LA EVOLUCIÓN POLÍTICA DE ALEMANIA A LO LARGO DE LOS SIGLOS	111
III. LA REUNIFICACIÓN.....	115
IV. LAS ESTRUCTURAS POLÍTICAS ACTUALES DE ALEMANIA.....	119
1. La Ley Básica o Ley Fundamental	119
2. La federación y los estados.....	121
3. Los órganos federales.....	123
4. Ejecución de las leyes	124
5. El presidente y su representación: artículos 54 a 61 GG.....	125
6. El Gobierno federal: artículos 62 al 69 GG.....	126
7. Canciller y representación: art. 63 Ley Fundamental	126
8. El gabinete federal.....	127
9. El Bundestag: artículos 38 a 45c GG.....	128
10. Bundesrat: artículos 50 al 53 GG	129

<i>Índice</i>	13
11. El sistema electoral de Alemania.....	129
12. Los órganos judiciales: artículos 92 al 104 GG.....	130
V. DERECHOS BÁSICOS EN LOS TRIBUNALES.....	133
VI. CONCLUSIÓN.....	143
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	144

Capítulo 7

LA «COMMONWEALTH BRITÁNICA».....	147
JAVIER S. ESKAURIATZA	
I. INTRODUCCIÓN.....	147
II. REFLEXIONES METODOLÓGICAS SOBRE EL TEMA.....	148
III. DE LOS «ESTADOS».....	149
1. La Constitución británica.....	149
IV. ¿QUÉ ES LA «COMMONWEALTH»?.....	154
V. UNA ASOCIACIÓN VOLUNTARIA.....	158
VI. ¿PARA QUÉ ES LA COMMONWEALTH?.....	160
VII. CONCLUSIÓN.....	162
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	163

Capítulo 8

LA EXPERIENCIA CANADIENSE.....	165
JACQUES FREMONT	
MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA	

Capítulo 9

LA DIFÍCIL VERTEBRACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: LOS EMBATES SEPARATISTAS AL ESTADO AUTONÓMICO.....	181
RAÚL CANOSA USERA	
I. INTRODUCCIÓN: LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FORMA DE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE VERTEBRACIÓN TERRITORIAL.....	181
II. UNA HISTORIA PENDULAR.....	183
III. NOTAS ESENCIALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA.....	185
IV. NACIONALISMO Y SEPARATISMO CONTRA EL RÉGIMEN POLÍTICO DE 1978..	188
V. CONCLUSIÓN.....	192

Capítulo 10

¿QUÉ PUEDE APRENDER MÉXICO DE OTROS PAÍSES EN MATERIA DE FEDERALISMO JUDICIAL? UN MAPA EXPLORATORIO.....	193
RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ	
I. ENTRE EL CENTRALISMO Y EL FEDERALISMO JUDICIAL.....	193
II. EQUILIBRIO TRANSNACIONAL EN LOS ESTUDIOS COMPARADOS.....	195

III.	LOS ES LABONES EN EL EQUILIBRIO TRANSNACIONAL.....	198
	1. Disposiciones descentralizadoras de juicios constitucionales.....	198
	2. Doctrinas de relaciones interjudiciales	204
IV.	CONCLUSIÓN	211
V.	BIBLIOGRAFÍA	212

PRESENTACIÓN

Hoy me complace presentarles un libro que representa una auténtica joya intelectual y un recurso invaluable para todos aquellos interesados en el federalismo judicial. “¿*Qué puede aprender México de otros países en materia de federalismo judicial?*” es un trabajo —pero sobre todo, un esfuerzo— que surge de tres días de diálogo, aprendizaje y reflexión en un congreso internacional que reunió a expertos de renombre de todo el mundo. Este no es solo un libro que ofrece respuestas, sino que también plantea preguntas fundamentales y fomenta el debate crítico.

Al leer sus páginas, encontrarán inspiración para la reforma y la mejora continua de las instituciones judiciales en México, a la vez que descubren las posibilidades que se abren cuando se observa cómo otros países han abordado desafíos similares. Asimismo, dentro de los pasajes de esta obra, descubrirán análisis detallados, ejemplos concretos y perspectivas enriquecedoras que les permitirán comprender mejor el federalismo judicial y sus implicaciones en México y en otras latitudes. Los capítulos que componen esta obra son una ventana abierta hacia la reflexión, el debate y la búsqueda de soluciones para los desafíos que enfrenta el sistema judicial en un mundo cada vez más interconectado.

Esta obra se divide en dos partes, cada una de las cuales es una exploración profunda y perspicaz de los desafíos y oportunidades que enfrenta México en su búsqueda de fortalecer su sistema de federalismo judicial. Cada ponente, con su experiencia y conocimiento, aporta una pieza crucial al rompecabezas del federalismo judicial, y juntos, construyen un panorama completo.

En la primera parte, “*Aspectos generales del federalismo judicial*”, nuestros distinguidos ponentes nos brindan una visión integral de este tema crítico. Comenzamos con la visión única del embajador Christopher Landau en “*Federalismo judicial: La perspectiva de un embajador*”, quien nos comparte sus experiencias en México y las comparaciones con el federalismo judicial en su propio país, Estados Unidos. Posteriormente, en “*División de poderes y federalismo judicial*”, Diego Valadés nos lleva a través de la historia del federalismo judicial en México, iniciando en un federalismo —que él mismo considera— defectuoso en 1824, la adaptación de un federalismo estadounidense no apto

para el contexto mexicano hasta lo que enfrenta hoy nuestra Constitución y los actores involucrados en torno a ella.

El complejo sistema español es el foco de la ponencia de Mario Hernández Ramos en *“El juez en un sistema multinivel”*, quien nos ilustra cómo los jueces nacionales también ejercen como jueces de la Unión Europea y lo problemático que puede ser trabajar con fuentes internacionales. José Julio Fernández Rodríguez plantea la pregunta intrigante de si *“El Tribunal Constitucional español, ¿sirve de ejemplo para México?”* ofreciendo una reflexión profunda sobre las similitudes y diferencias entre ambos sistemas. Luego, cerramos esta primera parte explorando *“Perspectivas globales del federalismo judicial en el siglo XXI”* a través de la mirada del federalismo peruano de la mano de José F. Palomino Manchego.

La segunda parte, titulada *“El federalismo judicial en el mundo”*, nos transporta a través de las fronteras para examinar sistemas judiciales de otros países que ofrecen valiosas lecciones para México. Con Alemania y su evolución política a lo largo de los siglos, desde tiempos del Impero Sacro Romano de las Naciones Alemanas, la reunificación y el contexto durante el Muro de Berlín, para terminar dando una cátedra sobre las estructuras políticas actuales en *“Federalismo en Alemania: las cortes y las instituciones”* por Monika Veening. Desde Reino Unido y con las aportaciones de Javier S. Eskauriatza, nos introduce en la complejidad de *“La Commonwealth británica”*, revelando qué es —¿es una confederación?, ¿una unión política? o ¿una asociación voluntaria?—, sus antecedentes y cómo funciona.

De este lado del Atlántico, encontramos *“La experiencia canadiense”* que es analizada en profundidad por Jacques Fremont y Manuel González Oropeza, quienes comparten los desafíos y lecciones que México puede aprender de Canadá. Raúl Canoso Usera nos adentra en el intrincado sistema territorial de España, destacando cómo funciona su descentralización política, el nacionalismo, el separatismo y las implicaciones que ha tenido en los últimos años, en su trabajo *“La difícil vertebración territorial en España: los embates separatistas al estado autonómico”*.

Finalmente, Rodrigo Camarena González cierra el libro —y el congreso— con una conferencia magistral que reflexiona sobre el centralismo y el federalismo judicial, el equilibrio transnacional en los estudios comparados y las disposiciones descentralizadoras de juicios constitucionales, en su aportación *“¿Qué puede aprender México de otros países en materia de federalismo judicial? Un mapa exploratorio”*.

Este libro representa un recurso esencial para académicos, profesionales del derecho y cualquier persona interesada en el federalismo judicial. Ofrece una visión global y profunda de este tema fundamental, enriquecida por la diversidad de perspectivas y experiencias de los ponentes internacionales. Es un compendio de ideas innovadoras, enfoques estratégicos y soluciones concretas que pueden guiar a México en su camino hacia un federalismo judicial más sólido y efectivo. En última instancia, este libro es una invitación a la reflexión, el intercambio de ideas y la acción. Esperamos que, al final de esta lectura, ustedes no solo hayan adquirido nuevos conocimientos, sino que también se sientan inspirados a contribuir a la evolución y mejora del sistema judicial en México.

En nombre de los autores, editores y todos aquellos que contribuyeron a esta obra, los invito a sumergirse en sus páginas y a explorar las lecciones que México puede aprender de otros países en materia de federalismo judicial. Este libro es un testimonio del poder del diálogo global y la colaboración intelectual para enriquecer nuestro entendimiento y fortalecer nuestras instituciones. Disfruten de la lectura.

Ricardo A. Sodi Cuellar

*Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de México*

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES DEL FEDERALISMO JUDICIAL

Capítulo 1

FEDERALISMO JUDICIAL: LA PERSPECTIVA DE UN EMBAJADOR

Christopher Landau*

SUMARIO: I. EL FEDERALISMO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. II. FEDERALISMO EN MÉXICO: MI EXPERIENCIA. III. EL FUTURO DEL FEDERALISMO: RETOS Y OPORTUNIDADES.

Como bien sostuvo Benito Juárez, en las relaciones entre naciones y entre personas el respeto al derecho ajeno —y yo agregaría la humildad— es la base de la amistad y la paz. Cada país tiene derecho a elegir su modelo social y gubernamental, sin importar que los modelos de otras latitudes sean distintos a los suyos. La gran diversidad existente entre las naciones soberanas no es un problema para el sistema internacional actual, por el contrario, es uno de sus beneficios.

Lo anterior no quiere decir que no podamos aprender unos de otros, y compartir nuestras experiencias. De hecho, me encuentro aquí —como abogado constitucional estadounidense— para compartir algunas observaciones sobre el federalismo de mi propio país que, espero, puedan servirles al momento de pensar cómo superar los desafíos que enfrentan en el estado de México, así como en todo este gran país, pues realmente, creo que la fortaleza y la prosperidad de México es conveniente, no solo para su propio pueblo, sino también para el mío y mi país.

Estructuraré mi participación en tres partes. En la primera —la más extensa—, haré algunas observaciones sobre el federalismo de EE. UU. en general, haciendo especial hincapié en la esfera judicial. En la segunda, expondré algunas ideas sobre el federalismo en México —desde mi punto de vista como em-

* Embajador de Estados Unidos en México de 2019 a 2021. Adaptación de la versión estenográfica de la conferencia impartida por Christopher Landau.

bajador de EE. UU—. Y en la tercera, compartiré con ustedes algunas reflexiones sobre el futuro del federalismo en Estados Unidos, México y el mundo.

I. EL FEDERALISMO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Debo comenzar diciendo que soy un gran admirador del federalismo. El punto básico es sencillo: la división del poder protege la libertad. No puede haber dictadura en Washington si hay poder real en Florida, Texas o California, y estoy hablando del poder real, no solo del poder teórico sobre el papel. El mayor enemigo de la libertad es la concentración del poder y el federalismo es un remedio muy eficaz para evitarla.

El federalismo también es vital en cualquier país grande y diverso. Lo que funciona en la ciudad de Nueva York puede no funcionar en Alaska. La gente de Alabama es muy diferente a la gente de California. El federalismo permite la convivencia entre regiones y estados muy diferentes y mantiene al gobierno más cerca de los gobernados.

El federalismo ha estado en el ADN de EE. UU., desde su fundación. No olvidemos que no hubo una sola colonia británica en América del Norte, sino trece colonias distintas sin un gobierno colonial central. Cuando las trece colonias declararon su independencia de la Corona británica en 1776, no renunciaron a su existencia autónoma. Por el contrario, originariamente se unieron en una confederación flexible con un gobierno central muy débil. Cuando en seguida se hizo evidente que esta estructura política resultaba insatisfactoria, redactaron la Constitución federal en 1787, que creó el sistema político por el que se rige el país hasta el día de hoy. Al adoptarse ese texto constitucional, se incluyeron diez enmiendas originales. Desde entonces, y a pesar de todos los cambios que hemos experimentado, incluyendo una guerra civil y dos guerras mundiales, la Constitución se ha enmendado menos de 20 veces. Algunos dirían que eso demuestra que la Constitución es obsoleta, pero yo diría exactamente lo contrario: eso evidencia la sabiduría de los autores de ese magno documento, que supieron crear una estructura sólida pero flexible que podría resistir y adaptarse al paso del tiempo. Para mí, la Constitución política de mi país es un documento sagrado y una de las máximas expresiones políticas de la historia humana.

El genio central de nuestros padres fundadores, reflejado en ese documento, radicó en la división del átomo de la soberanía. Antes de eso, todos asumían que la soberanía implicaba necesariamente la lealtad a una sola entidad política. Nuestros fundadores cambiaron ese paradigma y crearon un gobier-

no nacional que era soberano en algunas esferas específicas y limitadas, mientras que conservaron la soberanía estatal en todas las demás esferas. Por ello, los ciudadanos deben su lealtad a dos soberanos distintos: los Estados Unidos de América a nivel federal y su estado individual a nivel estatal. Esa idea fue bastante radical para su época, y a mucha gente aún le cuesta entender que puedan coexistir dos soberanos distintos dentro de un mismo territorio, y que, por lo tanto, la soberanía no es necesariamente territorial, sino basada en las responsabilidades de los respectivos soberanos. En algún sentido, es algo similar a la división entre la soberanía de Dios sobre los asuntos espirituales y la del César sobre los asuntos mundanos.

Desde nuestra independencia hasta la Guerra Civil (1861-1865), puede decirse que la mayoría de los estadounidenses sentían mayor lealtad hacia su estado que hacia su nación. Un buen ejemplo de ello es que uno de los ministros originales de nuestra Corte Suprema federal, John Routledge, renunció a su cargo para convertirse en ministro de la Corte Suprema de su estado natal, Carolina del Sur. Durante esos primeros años, la ley federal afectó muy poco a la vida cotidiana de las personas; la mayoría de las leyes se promulgaron a nivel estatal. El Gobierno federal se dedicaba básicamente a mejorar el transporte y comercio entre los estados, la vida en aquellos territorios que todavía no alcanzaban la estatidad, la política exterior, la operación de las aduanas y la colección de aranceles. De hecho, en aquellos días el nombre «Estados Unidos» generalmente se usaba en plural para referirse no a una entidad singular, sino a la agrupación de estados. Por ejemplo, se diría «los Estados Unidos *celebraron* su independencia», y no «Estados Unidos *celebró* su independencia».

Las cosas cambiaron mucho al finalizar nuestra Guerra Civil, contienda que realmente forjó por primera vez una identidad nacional. A los jóvenes de New Hampshire, de Pennsylvania y de Illinois los mandaron de sus campos agrícolas a los campos de batalla en Virginia, Tennessee y Mississippi. Después de la guerra, se enmendó la Constitución federal no solo para abolir la esclavitud, sino también para limitar por primera vez los poderes de los estados sobre las personas. En particular, la Decimocuarta Enmienda prohibió a los estados limitar los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, y exigió garantizar el derecho al debido proceso y la igual protección de las leyes a todas las personas.

En las siguientes décadas, los avances en el transporte y la tecnología unieron mucho más a la nación. No obstante, hubo que esperar hasta la década de 1930, con la Gran Depresión y el llamado *New Deal*, para que la Corte Suprema federal avalara una enorme expansión de los poderes del Gobierno federal, especialmente bajo la llamada cláusula de comercio de la Constitución. Esa cláu-

sula otorga al Congreso federal el poder de «regular el Comercio [...] entre los diferentes Estados». La Corte Suprema interpretó esa facultad no tan solo como un poder para regular el comercio entre los estados en sí, sino también como un poder para regular toda actividad que podría *afectar* el comercio entre los estados, incluyendo (por ejemplo) la producción de trigo en una huerta familiar para consumo personal. En un breve lapso de tiempo, esta interpretación incrementó enormemente el alcance del poder del Gobierno federal.

Aunque nuestro Gobierno federal es hoy mucho más fuerte de lo que nuestros fundadores habían anticipado, nuestra estructura federal permanece básicamente intacta. Los estados siguen teniendo sus propios poderes soberanos, incluyendo el poder tributario independiente. La ley estatal aún rige muchos de los asuntos cotidianos que afectan la vida de las personas, desde los delitos comunes hasta las leyes contractuales y las licencias profesionales. Por ejemplo, la profesión legal se regula a nivel estatal. Después de graduarme de la Facultad de Derecho, yo tomé el examen de nuestro Distrito Federal, el Distrito de Columbia, y ahí obtuve la licencia de abogado. Esa licencia me da el derecho a ejercer mi profesión en esa jurisdicción, pero no en otra. De hecho, hay maneras de comparecer en las cortes federales y en otras jurisdicciones, pero si yo me mudara a otro estado, tendría que tomar de nuevo un examen calificador, a no ser que me eximieran de cumplir ese requisito debido a mi experiencia —todo depende del estado—. Así, incluso en esta época de movilidad y comunicación, y aunque el Gobierno federal sea muchísimo más poderoso de lo que pensaron imaginar los fundadores, los estados aún tienen poder e influencia reales sobre la vida de su gente con total independencia de Washington.

La reciente pandemia puso de nuevo en evidencia este punto. El Gobierno federal no tiene poder general sobre temas de salud pública. Por lo tanto, fueron los estados y no el gobierno federal, los que determinaron qué actividades se consideraban esenciales y cómo llegar a un equilibrio entre la salud pública y la libertad. Como probablemente hayan visto —o quizás experimentado personalmente—, la pandemia se vivió de manera muy diferente en distintas partes del país. En estados como Texas y Florida, los negocios estuvieron abiertos casi todo el tiempo y hubo poco «enmascaramiento». En otros estados, entre ellos California y Nueva York, la obligación de usar máscara se extendió durante meses y años, y la actividad económica, social y educacional se redujo severamente. Fue un experimento en el federalismo en tiempo real porque una crisis tan novedosa ciertamente permitía la adopción de una variedad de respuestas razonables, y nuestro sistema federal propició que diferentes estados experimentaran con diferentes enfoques.

El federalismo en la esfera judicial funciona de manera muy parecida al federalismo en la esfera política. Cuando se ratificó nuestra Constitución federal en 1788, cada uno de los trece estados originales ya habían aprobado sus propias leyes e instituido su poder judicial. La Corte Suprema de Massachusetts, por ejemplo, data de 1692. La Constitución federal dejó intactas todas esas cortes estatales y estableció un nuevo Poder Judicial federal con una jurisdicción limitada y específica.

De conformidad con el artículo III de la Constitución federal, el Poder Judicial federal fue depositado en una Corte Suprema «y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo». Por lo tanto, en sí misma, la Constitución no requiere ningún tribunal federal aparte de la Corte Suprema, aunque el primer Congreso creó tribunales federales de primera instancia y de apelación en 1789 y desde entonces se han mantenido. Según la Constitución, los jueces federales ocupan sus cargos de forma vitalicia y su remuneración no puede reducirse. La Constitución limita la jurisdicción de los tribunales federales a ciertas categorías de casos y controversias: (1) los que surgen de la ley federal, es decir, los que surgen de la Constitución, los estatutos federales y los tratados, (2) los que involucran a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, (3) los que involucran la jurisdicción marítima y de almirantazgo, (4) aquellos casos en los que el Gobierno federal es parte, (5) aquellos casos en que se dirimen controversias entre los estados, (6) aquellos casos en los que el conflicto se produce entre los estados y los ciudadanos de otros estados, (7) aquellos casos que enfrentan a ciudadanos de diferentes estados, y (8) aquellos que involucran a extranjeros.

Dentro de estos límites constitucionales, el Congreso puede establecer la jurisdicción federal. Dicho en otras palabras, la Constitución establece la máxima extensión de la jurisdicción federal, pero el Congreso no está obligado a extender esa jurisdicción hasta sus límites constitucionales. Por ejemplo, la Constitución establece la posibilidad de que jurisdicción federal se haga cargo de casos entre ciudadanos de distintos estados, pero el Congreso ha limitado por ley esa jurisdicción, a casos en los que se enfrentan ciudadanos de distintos estados que involucren más de 75 mil dólares. Asimismo, la Constitución extiende la jurisdicción federal a todos los casos que involucren la ley federal, en el mismo sentido, el Congreso ha limitado por ley esa jurisdicción, a aquellos casos donde el demandante basa su reclamo en la ley federal, pero no a los casos donde el demandado interpone una defensa federal.

Las categorías limitadas y definidas de la jurisdicción federal iluminan el federalismo judicial de los padres fundadores. No deseaban que las cortes federales sustituyeran las tradicionales cortes estatales; permitieron que los

tribunales federales escucharan casos relacionados con la interpretación de la ley federal, ya que si esas controversias se dejaban en manos de los tribunales estatales, esencialmente permitirían que los estados controlaran el desarrollo de la ley federal, a no ser que la Corte Suprema federal interviniera en todos los casos. Los fundadores también eran conscientes de que un foro federal protegería los derechos de los ciudadanos y diplomáticos extranjeros, de los ciudadanos de otros estados y del propio Gobierno federal.

Es importante destacar que, incluso en las áreas en las que los tribunales federales tienen jurisdicción, la Constitución no impone que esa jurisdicción sea exclusiva y, por tanto, los tribunales estatales también pueden decidir casos a los que les corresponde la jurisdicción federal. Esto es, la jurisdicción federal y la jurisdicción estatal no se excluyen mutuamente. Esta configuración cobra sentido y se comprende mejor si recordamos que la Constitución se promulgó en un marco de sistemas judiciales estatales funcionales que ni siquiera requirió el establecimiento de tribunales federales inferiores. Así, la Constitución federal no resta nada al sistema de tribunales estatales, y tenemos sistemas judiciales paralelos, el federal y el estatal. Los tribunales estatales pueden decidir cuestiones sobre la ley federal y los tribunales federales pueden decidir cuestiones sobre la ley estatal. En muchos casos, hay reclamos fundados tanto en la ley federal como en la estatal. La Corte Suprema federal es el árbitro final en asuntos de la ley federal, y la corte suprema de cada estado es el árbitro final de su propia ley estatal. Así que la Corte Suprema federal tiene el derecho de revisar las decisiones de las cortes supremas estatales en cuestiones de derecho federal, pero no de derecho estatal.

Aunque los jueces federales pueden decidir casos bajo la ley estatal y viceversa, la tarea judicial en los dos sistemas suele ser bastante distinta. Los tribunales estatales tienen jurisdicción general, mientras que los tribunales federales son de jurisdicción limitada. Así que recae sobre los jueces estatales la tarea de interpretar y desarrollar el derecho común de sus estados, el famoso *Common Law* que distingue la jurisprudencia anglosajona de la jurisprudencia de otras partes del mundo. Los jueces estatales pueden establecer o elaborar doctrinas y reglas sobre una gran variedad de materias, incluyendo el derecho comercial, el derecho de la propiedad y la ley de responsabilidad civil. En teoría, no existe un derecho común federal, y los jueces federales dedican la mayor parte de su tiempo a decidir casos relacionados con la interpretación y aplicación de la ley positiva federal, especialmente la Constitución y los estatutos federales. Suele haber, entonces, una diferencia en la forma de pensar de los jueces federales y estatales: los jueces estatales tienden a preguntarse

qué resolución de esta disputa tiene sentido, mientras que los jueces federales tienden a preguntarse qué dice la letra de la ley.

Como abogado litigante en la práctica privada durante treinta años, he tenido mucha experiencia sobre la interacción entre los tribunales estatales y federales. A menudo, hay controversias sobre la jurisdicción y, en especial, discusiones relativas a cuándo un caso que es presentado en un tribunal estatal puede transferirse a un tribunal federal. Como he señalado, las cortes federales son cortes de jurisdicción limitada, por lo cual el demandante en un tribunal federal tiene siempre la obligación de acreditar que su caso se encuentra dentro de la jurisdicción federal. Por otra parte, si un demandante presenta un caso en un tribunal estatal que se encuentra dentro del ámbito de la jurisdicción federal, el demandado puede transferirlo a un tribunal federal, pero también en ese caso tendrá que justificar la transferencia a la jurisdicción federal.

¿Por qué le importaría a un litigante que su caso se encuentre en un foro federal o estatal? Como apunté antes, los jueces federales tienen algunas protecciones constitucionales que hace que su cargo sea atractivo: el cargo de juez federal es vitalicio y su remuneración no puede ser reducida. Por su parte, en muchos lugares los jueces estatales ocupan el cargo durante un mandato limitado y tienen que postularse a la elección o a la reelección popular. Por lo tanto, los abogados que tienen la posibilidad de ser nombrados jueces prefieren, en general, estar en del sistema federal que en un sistema estatal. Los jueces federales son nombrados por el presidente y ratificados por el Senado. Entre los estados hay una gran variedad de procedimientos para ser nombrado juez. En algunos el sistema es parecido al sistema federal y los jueces son nombrados por el gobernador. En otros, el gobernador puede elegir de entre una lista preparada por una comisión. En otros, la legislatura elige a los jueces. En algunos, los jueces son electos por el pueblo desde un comienzo, y en otros son nombrados en primera instancia pero después deben someterse a elecciones de retención. En la práctica, es mucho más común que un juez estatal decida aceptar una posición como juez federal que lo contrario —en contraste con la situación en los primeros años de la república, cuando, como he señalado, el ministro Routledge renunció su cargo en la Corte Suprema federal para unirse a la Corte Suprema de Carolina del Sur—.

También cabe señalar que existe la percepción de que los tribunales estatales tienen una idiosincrasia más localista y que tienden a favorecer a los locales sobre los residentes de otros estados y a la ley estatal sobre la ley federal. De hecho, los tribunales federales se crearon para crear un foro federal en el que pudieran vindicarse los derechos federales y evitar así un sesgo local contra

los demandados de fuera del estado. Mi experiencia confirma esta idea: por lo general, los demandantes en el estado que demandan a los demandados de fuera del estado prefieren que el asunto se resuelva por la corte estatal, donde perciben que tienen una ventaja local, a diferencia de lo que sucede en la corte federal. Creo que hay algo de verdad en esto, especialmente en los estados donde los jueces tienen que presentarse a las elecciones. Ciertamente, puedo afirmar que, cuando represento a demandados de fuera del estado en un tribunal estatal, por lo general hago todo lo posible para transferir el caso a un tribunal federal.

De forma amplia, yo diría que nuestro sistema dual de justicia funciona bastante bien. Obviamente, surgen cuestiones complejas cuando los tribunales federales deciden casos bajo la ley estatal y viceversa. Por ejemplo, la regla básica es que, en los casos que surgen bajo la ley estatal pero que se litigan en un tribunal federal, el tribunal sigue la ley *sustantiva* estatal pero la ley *procesal* federal. Sin embargo, el límite entre la ley sustantiva y la ley procesal a veces es confuso. Por mencionar un caso, hace algunos años llevé un asunto en la Corte Suprema federal en el que el estado de Nueva York creó una nueva causa de acción, pero sostuvo que no podía llevarse a cabo como una demanda colectiva o pleito o acción de clase. No obstante, el demandante presentó el caso en un tribunal federal y argumentó que tenía que aplicarse la ley procesal federal que rige la certificación de acciones colectivas y que la prohibición estatal de las acciones colectivas no regía en un tribunal federal. Los tribunales inferiores estuvieron de acuerdo con nosotros en que los demandantes no podían evitar limitaciones en su recuperación de esta manera, pero perdimos en la Corte Suprema de los EE. UU. por una votación de cinco a cuatro, que concluyó que las reglas de demanda colectiva eran procesales y, por lo tanto, se aplicaban en un tribunal federal independientemente de la ley estatal. Aún me duele esa pérdida, sobre todo porque fue uno de mis exjefes y amigos, el ministro Antonin Scalia, el que escribió la opinión de la corte y porque el fallo recibió el voto a favor de otro de mis exjefes y amigos, el ministro Clarence Thomas.

A veces surgen cuestiones novedosas o no resueltas por la ley estatal sustantiva en un tribunal federal —por ejemplo, cómo interpretar un nuevo estatuto o cómo aplicar una cierta doctrina de derecho común—. Aunque el tribunal federal tiene la capacidad de interpretar y aplicar la ley estatal en primera instancia, existe un mecanismo de certificación que le permite enviar una pregunta certificada al tribunal supremo del estado para que la responda. Si bien este mecanismo puede retrasar el litigio, creo que, aunque poco utilizado, es útil porque es una forma de reconocer a los tribunales estatales el respeto

que se les debe en materia de derecho sustantivo estatal. También existen doctrinas de abstención, en las que un tribunal federal espera que un tribunal estatal resuelva primero una cuestión de la ley estatal.

Hasta ahora he hablado de casos en el ámbito civil, pero también hay temas interesantes de federalismo judicial en el ámbito penal. El Gobierno federal tiene sus leyes penales que rigen exclusivamente en los tribunales federales, mientras que los gobiernos estatales tienen sus propias leyes penales que rigen exclusivamente en sus propios tribunales. En general, los dos sistemas de justicia penal funcionan bastante bien independientemente el uno del otro, y los fiscales estatales y federales han suscrito acuerdos que establecen cómo proceder en casos de jurisdicción superpuesta para evitar el desperdicio de recursos. En general, no existe una prohibición de doble exposición para el enjuiciamiento por parte de las autoridades federales y estatales por los mismos actos, ya que el Gobierno federal y los estados se consideran distintos soberanos. Si un tipo penal es creado por otra soberanía, no es considerado el mismo delito a efectos de la doble exposición, por lo que los fiscales federales pueden enjuiciar a quienes ya han sido enjuiciados en un tribunal estatal y viceversa. Así, por ejemplo, el estado de California puede enjuiciar a alguien por una supuesta violación de las leyes penales de California aunque esa persona ya haya sido enjuiciada por una supuesta violación de la ley penal federal y determinada no culpable en relación con los mismos actos.

De hecho, hace varios años tuve un caso interesante relacionado con este tema que surgió en Puerto Rico. Como sabrán, Puerto Rico no es un estado sino un estado libre asociado (o *Commonwealth*, como lo decimos en inglés). Como tal, tiene su propia constitución y sus leyes, y argumentamos que, por esa razón debía ser considerado un soberano distinto del Gobierno federal a efectos de la doctrina de la doble exposición —sus leyes no se basan en autoridad proveniente del Congreso federal, sino del pueblo de Puerto Rico, a través de su propia Constitución adoptada por ese pueblo—. Pero de nuevo perdí el caso en la Corte Suprema federal, que sostuvo que el Congreso federal seguía siendo la última fuente de autoridad para las leyes de Puerto Rico, ya que estas no podrían haber sido adoptadas por el pueblo de Puerto Rico sin la autorización del Congreso federal. Les diré que, aunque perdimos y que otra vez mis exjefes votaron en mi contra, este caso ha sido el favorito de mi carrera. Por primera vez tuve la oportunidad de usar mi español de manera profesional con mis clientes en Puerto Rico y sumergirme en la fascinante historia de la relación entre Puerto Rico y Estados Unidos.

Otra área del orden jurisdiccional penal en la que surgen controversias sobre el federalismo es el *habeas corpus*. Como ustedes saben, el *habeas corpus*

es un mecanismo muy antiguo que permite que una persona detenida tenga acceso a un funcionario judicial para asegurarse de que la detención está justificada. La ley federal otorga a toda persona detenida en el país el derecho a interponer una demanda de *habeas corpus* para impugnar su detención bajo la ley federal. A partir de las décadas de los 60 y 70, los presos que habían sido debidamente condenados bajo leyes estatales empezaron a impugnar sus condenas mediante la presentación de demandas de *habeas corpus* en tribunales federales. A lo largo de los años, el proceso evolucionó hasta el punto de que los tribunales federales funcionaban esencialmente como tribunales de apelación de los tribunales penales estatales y decidían si se habían producido violaciones de la ley federal durante el juicio del acusado. Obviamente, esta dinámica generó fuertes fricciones entre los sistemas estatales y federales. Por una parte, los tribunales estatales de apelaciones no veían con buenos ojos que un tribunal de primera instancia federal revisara sus decisiones. Por otra parte, la firmeza de las condenas penales quedó severamente erosionada —si no destruida—, ya que los presos podían seguir presentando demandas de *habeas corpus* en las cortes federales en cualquier momento. En la década de los 90, el Congreso federal abordó por fin estas cuestiones y limitó drásticamente la facultad de los presos para utilizar el *habeas corpus* a fin de impugnar las condenas de los tribunales estatales.

Hasta ahora, me he centrado en la interacción de los tribunales estatales y federales desde la perspectiva procesal. Pero, por supuesto, en una república federal, las leyes estatales y federales también interactúan desde el punto de vista sustantivo. Nuestra Constitución federal establece que la ley federal es la ley suprema del país. Por lo tanto, si una ley estatal contradice la ley federal, la ley estatal es inválida o, como decimos en inglés, *preempted* o desplazada. El ejemplo más evidente tiene lugar cuando el Congreso federal aprueba una ley que desplaza expresamente a cualquier ley estatal que la contradice. Por hacer mención, el Congreso puede determinar que los reguladores federales tienen el control exclusivo sobre los medicamentos recetados y que ningún estado puede imponer responsabilidad bajo sus leyes por la venta un medicamento recetado que haya sido aprobado por los reguladores federales. Sin embargo, a veces este desplazamiento es más sutil. Incluso cuando la ley federal no dispone que la ley estatal está desplazada, los tribunales lo considerarán así cuando la ley estatal sea un obstáculo para la aplicación efectiva de la ley federal. Mencionaré un ejemplo, puede haber una ley federal destinada a incentivar la adopción de vehículos eléctricos, y un tribunal podría sostener que esta ley desplaza a una ley estatal que desincentiva el uso de vehículos eléctricos incluso en ausencia de una cláusula expresa de desplazamiento.

De hecho, los tribunales han sostenido que ciertas áreas implican un interés federal tan importante que ninguna ley estatal puede operar en el área regulada para no perturbar ese interés federal. Este enfoque se encuentra en tensión con las normas generales de la interpretación constitucional, que establecen que la Constitución creó un Gobierno federal de poderes limitados sin quitar ningún poder de los estados menos aquellos claramente expresados. El ejemplo más conocido es la Cláusula de Comercio Negativa o *Dormant Commerce Clause*. Como he comentado antes, la Cláusula de Comercio de la Constitución federal otorga expresamente al Congreso federal el poder de «regular el Comercio [...] entre los diferentes Estados». A mediados del siglo XIX, la Corte Suprema interpretó esta concesión de poder para negar a los estados la facultad de regular tales actividades comerciales. Así que Florida, por ejemplo, no tiene el derecho de regular el comercio entre Florida y Georgia: ese poder le corresponde exclusivamente al Gobierno federal con independencia de si este lo ha ejercido o no. Lo mismo puede observarse en áreas intensamente reguladas por el Gobierno federal, como la seguridad nuclear, donde los tribunales han decidido que cualquier intromisión de la ley estatal podría perturbar el entero esquema federal.

Otros ejemplos de tal desplazamiento por implicación los encontramos en el ámbito de las relaciones exteriores. La Constitución otorga expresamente al presidente el poder de nombrar embajadores y firmar tratados (aunque el Senado federal tiene el poder de ratificar ambos actos). No hay nada en la Constitución que prive de cualquier poder correspondiente a los estados. A pesar de este silencio, la Corte Suprema ha sostenido que el Gobierno federal tiene un poder integral sobre las relaciones exteriores, de manera que ese poder desplaza leyes estatales que puedan influenciar en esas relaciones. Hace algunos años, la Corte decidió que este poder federal podía desplazar a una ley estatal de California que pretendía obligar a las empresas aseguradoras con negocios en el estado, a proveer información sobre las pólizas de seguro que habían emitido en Europa antes de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo con el fallo de la Corte, esta ley estatal interfería con el pleno poder federal sobre relaciones exteriores. De manera similar, hace algunos años la Corte decidió que el tema de la migración es una materia exclusivamente federal, que el estado de Arizona no tenía el derecho de tipificar el delito estatal consistente en encontrarse o estar trabajando en el estado en una situación de irregularidad administrativa indocumentada y que, por tanto, las autoridades estatales no tenían el derecho de detener a personas sospechosas de ser indocumentadas. Estos temas de desplazamiento son muy sensibles y generan mucho trabajo para los abogados en mi país porque en ellos están implicados los valores fundamentales del federalismo.

La supremacía de la ley federal sobre la ley estatal también significa que, cuando la Constitución federal regula una cuestión, la ley estatal no puede regular esa misma cuestión de manera diferente. Pongamos un ejemplo, los requisitos para votar, incluso en las elecciones federales, generalmente se dejan en manos de los estados. Sin embargo, la Constitución federal fue enmendada en 1971 con el fin de establecer que el derecho al voto de los ciudadanos mayores de dieciocho años no podrá ser negado ni restringido. De ello se deduce que ningún estado puede negar el derecho al voto a personas de dieciocho años, incluso en las elecciones estatales o locales. Una vez que la Constitución federal resuelve un tema, los estados no pueden resolverlo de otra manera. En una república federal, este criterio solo enfatiza la necesidad de que los jueces sean cautelosos al interpretar el ámbito de la Constitución federal.

Como seguramente ustedes sabrán, últimamente el tema del aborto ha sido muy discutido. El texto de nuestra Constitución federal no dice nada sobre el tema, e históricamente ha sido prohibido o restringido por la mayoría de los estados. Pero en 1973, una mayoría de la Corte Suprema determinó que la Constitución federal reconoce un derecho federal al aborto, al menos en el primer trimestre del embarazo. En ese momento, todas las leyes estatales que restringían el aborto antes del segundo trimestre del embarazo fueron anuladas. Hace apenas unos meses, nuestra Corte Suprema revocó la decisión de 1973 y sostuvo que la Constitución federal no regula el tema del aborto y que deja el tema en manos de los distintos estados. Los estados han respondido de diferentes maneras. Algunos han promulgado leyes que permiten el aborto con igual o mayor amplitud de lo que permitía la ley federal anterior. En algunos estados, los tribunales han interpretado sus constituciones estatales para garantizar tales derechos. Otros estados, en cambio, han promulgado leyes que limitan o prohíben el aborto. Ahora que la Corte Suprema federal ha declarado que la Constitución federal no aborda este tema, estamos asistiendo al federalismo en acción.

De todos modos, la relación entre los sistemas de justicia estatal y federal en mi país es un tema increíblemente rico. De hecho, la mayoría de las facultades de Derecho ofrecen un curso completo sobre este tema, «Tribunales federales» o «*Federal Courts*», que a menudo se considera uno de los cursos más difíciles de la carrera, y no puedo por menos estar de acuerdo por mi experiencia personal. Yo diría que el objetivo del sistema debe ser el establecimiento de reglas claras sobre el sistema judicial al que pertenece un caso y promover el respeto por la ley federal en los tribunales estatales y la ley estatal en los tribunales federales.

II. FEDERALISMO EN MÉXICO: MI EXPERIENCIA

Permítanme ahora cambiar de registro para compartir con ustedes unas observaciones e impresiones sobre el modo en que percibí y experimenté el federalismo en México durante el desempeño de mi cargo como embajador. Debo enfatizar desde el principio que no pretendo arrogarme el papel de experto en el federalismo mexicano y que me limito a ofrecer estas observaciones como una persona interesada y como un amigo.

Superficialmente, México parecería ser una república federal clásica. Efectivamente, según mi comisión y todo el papeleo oficial, nunca fui embajador de EE .UU. en México, sino en los Estados Unidos Mexicanos. En la práctica, como ustedes saben mejor que yo, la historia del federalismo en México revela una amplia brecha entre la teoría y la realidad.

Aunque México tiene treinta y un estados —además de la Ciudad de México—, me parece que los estados mexicanos no gozan de la misma autonomía que los de mi país. A mi juicio, esto se debe por una parte a la historia, la cultura política y por otra, al dinero. A diferencia de Estados Unidos, México no es una república conformada por un conjunto de estados previamente soberanos. Más bien, existía la colonia de Nueva España que se extendía desde Panamá hasta Oregón. Las diferentes subdivisiones políticas de la Nueva España eventualmente se convirtieron en estados mexicanos, pero siempre han sido criaturas de un Estado central, y no al revés. Tengo entendido que los estados aquí no tienen poderes tributarios independientes, por lo que dependen del Gobierno federal para financiarse. Mientras eso sea así, es difícil ver cómo puede hablarse de un federalismo real, porque la regla dorada de la política —y de la vida— es que quien controla el oro es el que pone las reglas.

Mi impresión es que durante la mayor parte de la historia mexicana, y especialmente cuando un partido político controlaba la vida política durante la mayor parte del siglo XX, el federalismo desempeñó un papel puramente funcional, dado que operaba como intermediario entre el Gobierno central y un pueblo disperso a través de un vasto territorio nacional. Este papel es necesario en la práctica de cualquier unidad política más grande que una ciudad estado, ya que el gobierno central necesita algún mecanismo para ejercer su autoridad sobre todo su territorio. No obstante, yo no describiría semejante organización como un federalismo verdadero, que implica la existencia de centros de poder independientes con primacía en esferas distintas. Sospecho que, desde los primeros años de la independencia hasta por lo menos el porfiriato, la comunicación y el transporte eran tan rudimentarios que los funcionarios estatales y locales podían ejercer una autonomía sustancial en la

práctica y que, tal vez, de este modo funcionaba una especie de federalismo pragmático. Pero me parece innegable que, por muchas décadas, el poder político en este país se ejerció y se extendió desde la capital federal.

Considero que la apertura de la vida política mexicana iniciada a partir del año 2000 ofrece enormes oportunidades para desarrollar un federalismo real en el que los estados puedan diseñar una agenda diferente a la del Gobierno central, y tal vez incluso una agenda contradictoria, si eso es lo que prefiere su ciudadanía. A mí me tocó algo de este potencial durante los primeros meses de la pandemia hace dos años.

Como he señalado antes, en Estados Unidos la respuesta a la pandemia fue bastante descentralizada porque el Gobierno federal no tiene poder general sobre la salud pública. Ese es el ámbito tradicional de los gobiernos estatales.

En particular, aunque había algunas directivas federales, no eran obligatorias y los diferentes estados asumieron diferentes definiciones de lo que eran las «industrias esenciales» que tenían derecho a permanecer abiertas durante los primeros meses de la pandemia. En México, por el contrario, se atribuyó la autoridad a la Secretaría de Salud federal para definir las «industrias esenciales» a nivel nacional, y esa entidad federal las definió de manera muy restringida.

Como ustedes pueden imaginar, los diferentes criterios para definir las «industrias esenciales» dentro de Estados Unidos y entre Estados Unidos y México crearon un gran desafío para la relación comercial entre ambos países, especialmente para las cadenas de suministro que se han creado con gran esmero durante el transcurso de los últimos treinta años. En la primavera del 2020, fui abrumado por las llamadas telefónicas de ejecutivos corporativos estadounidenses que, en estado de pánico, decían que no podían continuar operando sus instalaciones en EE. UU. por más de unos días o semanas sin el flujo de componentes de México. Temía que todo el progreso de los últimos treinta años pudiera desaparecer de golpe si las cadenas de suministro se quebraban bajo la presión. Afortunadamente, al trabajar con las autoridades federales y estatales mexicanas, pudimos encontrar soluciones que tenían sentido para todos, reconociendo los riesgos sanitarios verdaderos, pero también las graves ramificaciones económicas del problema que obviamente conllevaban sus propios riesgos sanitarios. Un pueblo empobrecido no suele ser un pueblo sano. Al fin y al cabo, y hasta donde yo sé, ni una sola instalación en EE. UU. se vio obligada a cerrar sus operaciones debido a la falta de componentes provenientes de México. Fue un gran éxito que no recibió mucha atención.

A mi juicio, ello fue posible precisamente porque el Gobierno federal mexicano adoptó un enfoque general de no intervención para la aplicación y

en gran medida dejó el asunto en manos de los estados. Por lo tanto, pudimos trabajar no solo con funcionarios federales en las secretarías de Economía y Relaciones Exteriores, sino también con funcionarios estatales e incluso locales en todo el país, particularmente en la zona fronteriza. Creo, por tanto, que fuimos testigos de una especie de federalismo pragmático en el que todos cobraron conciencia de que estábamos navegando en aguas desconocidas y de que todos teníamos que improvisar. Sospecho que este tipo de solución informal funciona mejor en México que en Estados Unidos, donde hay una tendencia de exigir las reglas en blanco y negro.

Como resultado de esa experiencia, me propuse llamar al gobernador de cada uno de los estados mexicanos a fin de establecer una relación para que el gobernador se sintiera cómodo al contactarme con cualquier problema y viceversa. Aunque tanto aquí como en EE. UU., las relaciones exteriores son un tema federal, los contactos entre nuestros países son tan extensos y cubren tantos temas que es útil y, de hecho, necesario tener puntos de enlace no solo a nivel federal sino también a nivel estatal.

De hecho, en algunas áreas nuestra cooperación en los últimos años ha sido más amplia tanto a nivel estatal como a nivel federal. Supongo que todos han oído hablar del Plan Mérida, que fue el nombre que se le dio al marco de cooperación bilateral en temas de seguridad que comenzó en los primeros años de este siglo durante los mandatos de los presidentes Bush y Calderón. Originariamente, ese programa involucraba la provisión de equipos para combatir el crimen organizado, pero eso realmente cambió con el Gobierno del presidente Obama en los EE. UU. y del presidente Peña Nieto en México. En ese momento, la atención se centró en apoyar los esfuerzos de México para reformar sus sistemas de justicia penal. Debido a que las autoridades federales no estaban muy interesadas en ello, la mayoría de los esfuerzos se dirigieron a ayudar a su implementación a nivel estatal. Así continuó siendo durante mi mandato, y cada vez que visitaba un estado, normalmente visitaba los centros de investigación criminal de la Fiscalía estatal financiados, en parte, a través de estos programas. No sé si eso fue cierto en el estado de México, pero, ciertamente, espero que podamos cooperar tanto a nivel estatal como federal. Nuestro programa de cooperación binacional ya no se llama Plan Mérida, pero un cambio de nombre no cambia la realidad, pues no tenemos otra alternativa que cooperar en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

Como embajador de Estados Unidos en México, no tuve mucha relación con el tema del federalismo en el sistema judicial. Lo más cerca que estuve de la cuestión, derivó de mi observación del federalismo en la aplicación de

la ley y, con toda franqueza, diré que la experiencia no fue muy tranquilizadora. Permítanme compartir con ustedes una anécdota. Estoy seguro de que se acuerdan del terrible incidente ocurrido hace unos años cuando las familias mormonas fueron atacadas y asesinadas en la Sierra entre Sonora y Chihuahua. Por casualidad, ese terrible día me encontraba en Hermosillo de visita oficial, y estaba recorriendo el Centro C5 cuando comenzaron a llegar noticias sobre el incidente. Debido a que las víctimas eran de doble nacionalidad —mexicana y norteamericana—, mi gobierno tenía un interés legítimo en asegurarse de que los crímenes se investigarían adecuadamente para que los culpables pudieran ser llevados ante la justicia. Inmediatamente recibí llamadas del FBI en las que el Buró Federal de Investigaciones se ofrecía para trabajar con las autoridades mexicanas a fin de asegurar que la escena del crimen se manejara adecuadamente. Me dijeron que los agentes podían venir ese día, pero obviamente necesitábamos la aprobación de las autoridades mexicanas competentes para, posteriormente, establecer una coordinación con ellas. Nos comunicamos con la Fiscalía federal y nos dijeron que era un asunto estatal, pues no se había constatado que involucrara a la delincuencia organizada para invocar la jurisdicción federal.

Recuerdo muy vívidamente que estaba con la gobernadora de Sonora cuando recibimos la noticia de que los funcionarios federales no intervenirían y que funcionarios estatales debían proceder con la investigación. Ella se sorprendió, ya que desde el principio estaba bastante claro que en el episodio estaba involucrado el crimen organizado. Además, se trataba de un asunto de muy alto perfil internacional; de hecho, el presidente Trump llamó al presidente López Obrador para pedirle personalmente que se asegurara de que se hiciera justicia. Las autoridades estatales de Sonora no tenían la misma capacidad que las autoridades federales para realizar la investigación. Pero la Fiscalía de la República se negó rotundamente a involucrarse, por lo que los funcionarios estatales iniciaron la investigación solo para delegársela a los agentes federales poco después, una vez que se comprobó que se trataba del crimen organizado. Sin embargo, para entonces la investigación había comenzado de forma lenta y descoordinada. Me decepcionó mucho la ausencia de una división de responsabilidad más nítida entre los funcionarios federales y estatales. Recuerdo que en ese momento declaré que a nosotros no nos tocaba decidir si se trataba de un asunto estatal o federal, pero que necesitábamos saber con quién estábamos trabajando.

Entiendo muy bien que la eventual existencia tanto de superposiciones como de brechas entre las autoridades federales y estatales es una de las desventajas del federalismo. Aunque creo que, en general, las ventajas del federa-

lismo superan estos desafíos, debemos ser honestos y reconocer los inconvenientes del sistema con el fin de trabajar para afrontarlos.

III. EL FUTURO DEL FEDERALISMO: RETOS Y OPORTUNIDADES

Llego por fin a la tercera y última parte, en la que quisiera ofrecer algunas observaciones sobre el futuro del federalismo en los Estados Unidos, en México, y en el mundo y hacer referencia tanto a sus oportunidades como a sus retos.

Como he comentado al inicio de mi intervención, soy un gran admirador del federalismo. Creo que promueve la libertad y permite la gobernabilidad efectiva de países grandes y diversos como Estados Unidos y México. Para muchos problemas no existe una sola respuesta correcta o incorrecta, y las distintas regiones de un país deberían tener la posibilidad de experimentar y ensayar diferentes soluciones que funcionen para ellos, incluso si estas no han funcionado en otros lugares. Pero, nuevamente, me gustaría enfatizar que el mero hecho de que existan subdivisiones políticas no equivale, sin más, al federalismo. Incluso el gobierno más centralizado puede tener, y de hecho debe tener, subdivisiones políticas si gobierna un territorio extenso. El federalismo verdadero implica diferentes fuentes de poder independientes que operan con primacía en diferentes esferas.

En esencia, el federalismo consiste en la dispersión del poder. Creo que es saludable para cualquier país tener el poder diseminado, es saludable separar el poder político del poder económico, es saludable separar el Poder Legislativo del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, es saludable separar el poder federal del estatal, así como separar el poder público del poder privado, el poder eclesiástico del poder laico, es saludable tener una prensa libre como contrapeso a todas estas fuentes de poder y al mismo tiempo cuestionarla, es saludable ser un ciudadano escéptico de toda autoridad y pensar por uno mismo.

Creo que la apertura democrática y el avance del pluralismo político que ha experimentado México en los últimos veinte años abren la puerta a un federalismo real en el que los gobiernos estatales no son tan solo apéndices del gobierno federal. Desde mi punto de vista, la democracia y el federalismo van de la mano y se refuerzan recíprocamente.

No creo que sea ningún secreto que México enfrenta enormes desafíos para brindar seguridad. En esta tarea, el federalismo puede ser una maldición o una bendición. Puede ser una maldición debido a que los múltiples estratos

de autoridades dificultan la implementación de una política común y pueden impedir la rendición de cuentas al público: las autoridades federales pueden tratar de responsabilizar a las autoridades estatales y viceversa. Pero también puede ser una bendición porque existe la posibilidad de ensayar diferentes soluciones. Uno de nuestros grandes jueces de la Corte Suprema, Louis Brandeis, describió en una ocasión a nuestros estados como «laboratorios de la democracia». En un país con más de ciento treinta millones de habitantes como México, puede que no sea posible desarrollar una solución simple capaz de ser implementada en todos los ámbitos. Por ello, cada estado debe hacer uso de la creatividad para tratar de mostrar al resto del país cómo pueden resolverse los problemas. No tienen que resolverse todos los problemas de todo el país a la vez, y creo que pueden surgir mejores soluciones concentrándose en problemas discretos y logrando resultados en sus propias comunidades. Si lo hacen bien, los demás lo percibirán. Se puede adoptar cierto enfoque aquí en el estado de México, se puede tomar otro en Yucatán, otro en Chihuahua y otro en Aguascalientes.

En el siglo XXI, es una realidad que la gente de todo el mundo está harta de las élites políticas que no responden a sus problemas. Al menos en parte, este fenómeno se debe a que los gobiernos de todo el mundo han crecido demasiado y se han distanciado demasiado de los gobernados. A las grandes burocracias no les importan sus problemas, no les importa si te toma dos años obtener un nuevo pasaporte o visa, si te cortan el fluido eléctrico o el agua injustamente, no les importa si un ladrón es atrapado y encarcelado.

El federalismo puede contribuir a abordar esta peligrosa alienación entre el gobierno y los gobernados. El hecho de poner los asuntos locales en manos locales permite a las personas tener un acceso mucho más directo a su gobierno. Por supuesto, no es una panacea. El estado de México es una entidad enorme: cuenta con más habitantes que muchos países. Pero creo que en las cortes estatales ustedes pueden jugar un rol positivo innovando y demostrando al resto del país que aquí, en este estado, se ha encontrado una forma mejor de hacer las cosas.

Al fin y al cabo, lo importante es que haya responsabilidad y rendición de cuentas. Un ciudadano informado debe tener la posibilidad de entender si las diferentes autoridades gubernamentales hacen bien su trabajo o no. Dependiendo de su implementación, el federalismo puede transparentar u oscurecer la responsabilidad. En un federalismo efectivo, hay zonas de responsabilidades delimitadas y bien entendidas. Pero el federalismo también puede difuminar las líneas de responsabilidad, permitiendo que diferentes actores políticos traten de responsabilizar a otros para desviar la atención y lograr la

evitación de la culpa (*blame avoidance*). El gran desafío de este siglo, me parece, es cómo aumentar los incentivos para desarrollar un buen gobierno. En este contexto, creo que un énfasis renovado en el federalismo puede ser parte de un rejuvenecimiento de la democracia en nuestros tiempos.

Capítulo 2

DIVISIÓN DE PODERES Y FEDERALISMO JUDICIAL

Diego Valadés*

El análisis de las características del sistema federal mexicano y su incidencia en la impartición de justicia no es una cuestión menor, dado que estamos a punto de cumplir dos siglos de vida federal en México.

El federalismo que se adoptó en 1824 y que se seguirá practicando en 2024 era, ya en el siglo XIX, un federalismo defectuoso, de suerte que, transcurridos dos siglos, esa misma caracterización del federalismo motiva que el rezago se haya acentuado en el marco de una sociedad más compleja que debe atender a nuevas necesidades. México tenía ocho millones de habitantes en 1824 y actualmente tiene ciento treinta millones. Ciertamente el territorio era el doble del que hoy tenemos, pero con todo y la reducción a la mitad, se ha producido un acusado incremento demográfico y, por supuesto, hemos crecido en lo que respecta a las exigencias del orden institucional, orientado a garantizar la democracia, el sistema representativo y la justicia, entre otros fines prioritarios.

¿Por qué considero que amanecemos con un federalismo «atrasado»? Todos sabemos cómo se construyó el federalismo en Estados Unidos y la manera en la que ese país comenzó su vida independiente con una confederación disfuncional que tuvo que ser rencausada en Filadelfia para transformarla en un Estado federal. A pesar de las correcciones, se mantuvieron muchos defectos de la confederación, que después, de manera inadvertida, se replicaron en los sistemas políticos que adoptaron el federalismo tal y como se entendía en Estados Unidos.

En EE. UU. la voz «estado» atribuida a cada una de las entidades federativas se explica porque las trece colonias se convirtieron en trece Estados soberanos, es decir, en trece países con estructura estatal que, a su vez, fueron los que convinieron la federación.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Adaptación de la versión estenográfica de la conferencia impartida por Diego Valadés.

En la construcción de nuestro federalismo no se tuvo en cuenta lo que se hizo en otros lugares. Por ejemplo, en Argentina adoptaron la denominación de «provincia» en vez de estado para designar las entidades subestatales, pero nosotros construimos estados donde no los había y no habían existido nunca, excepción hecha de breves y efímeros casos como el de la República de Yucatán, que en 1841 adquirió el estatus de Estado soberano.

Entonces, ¿qué implicaciones tiene el federalismo mal construido desde su origen en México? A lo largo de dos siglos —que no es poca cosa—, ese vicio de origen ha tenido su reflejo en la desigualdad, la dificultad al acceso a la justicia y la afectación de las características del Estado de derecho. Hay que tener esto bien presente porque, efectivamente, nos encontramos ante exigencias y expectativas crecientes en materia de justicia que tropiezan con los límites impuestos por la estructura del Estado federal mexicano, cuyas características impiden atender de manera satisfactoria aquellas expectativas y las nuevas necesidades. Puede parecer una proclamación retórica, pero vale la pena que tengamos en cuenta que cada una de las entidades federativas es una parte clave de la construcción del Estado mexicano.

Por otro lado, todos estamos involucrados en el compromiso adquirido por la Organización de las Naciones Unidas en 2015, la Agenda 2030 y los llamados «objetivos del milenio». Uno de ellos, concretamente el objetivo 16, alude a la impartición de justicia y sus problemas —que incluyen, por supuesto, los de seguridad—. ¿De qué modo estamos avanzando hacia esa meta? Ya solo quedan ocho años para llegar a la meta, y si nos preguntamos en qué situación estamos, me parece que la respuesta es que nos hallamos en un contexto caracterizado por la desigualdad, tanto en el ámbito individual como en el estructural.

Por lo que respecta a los individuos, en México existe una asimetría muy marcada en lo que hace a la protección de los derechos de las personas, y un ejemplo es suficiente para ilustrar la situación, se trata de uno bastante drástico: en este momento, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer están resguardados solo por nueve entidades federativas del país. Hasta hace muy poco tiempo solo estaban reconocidos y protegidos en una entidad, la Ciudad de México. Actualmente, una misma conducta, la interrupción anticipada del embarazo, es considerada como no punible en un número limitado de estados y como delito en la mayoría de los estados de la república. Los niveles de punición también varían: en algunos casos, la pena prevista es tres años de prisión, pero también hay estados en los que la condena impuesta puede llegar a treinta años. Esto se debe a que, en algunos casos, el aborto se asimila a un homicidio calificado, de tal modo que en un mismo país cuya Constitución se-

ñala en su artículo primero que la igualdad ante la ley es uno de los derechos fundamentales, pueden darse situaciones absolutamente heterogéneas: en algunos estados, el aborto no es sancionado porque no está tipificado como delito, en otros se castiga con una pena que puede considerarse moderada y, por último, en algunas entidades es objeto de un castigo atroz: la privación de la libertad hasta por treinta años. Este es uno de los problemas del federalismo mexicano, y no es difícil aportar más ejemplos de las desigualdades relacionadas con los derechos las personas. Basta, sin embargo, el caso que acabo de exponer —por supuesto, el más dramático— para que cobremos conciencia de que el federalismo de México es deficitario.

En nuestro país, el orden representativo y la distribución de competencias se rige por un precepto que en Filadelfia fue adicionado con motivo de la incorporación de las primeras diez enmiendas constitucionales en 1791. En tal contexto se introdujo un precepto de acuerdo con el cual todas las atribuciones que no se asignaran expresamente a los funcionarios o la federación se entenderían reservadas para los estados integrantes de dicha federación. En México, trasladamos este precepto de manera directa —traduciendo literalmente la Décima Enmienda de la Constitución de EE. UU.— a nuestra Constitución de 1824, que sigue vigente en el actual artículo 124, disposición que no ha sido modificada desde entonces. Así comenzó el federalismo mexicano, que desde el principio se caracterizó por un rasgo particular: la articulación de un sistema que concentraba excesivas facultades en el presidente. Esta concentración se tradujo, a su vez, en la concentración de facultades en el Congreso de la Unión —que, durante mucho tiempo, fue una especie de apéndice político de la presidencia de la república—.

La Constitución de 1824 preveía exactamente treinta fracciones en el artículo relativo a las facultades del Congreso de la Unión. En la siguiente Constitución federal, la de 1857, se reprodujeron las mismas treinta fracciones, y en la Constitución de 1917 se adicionó solo una. Había, por tanto, treinta y una fracciones en el artículo 73, precepto constitucional que confiere facultades al Congreso de la Unión. Entre 1824 y 1917, es decir, durante casi un siglo, se mantuvieron inalteradas las facultades de los estados y las de la federación. En 1921 se aprobó la primera reforma a la Constitución en esta materia, y la más reciente corresponde a 2021. Pues bien, en poco más de cien años de vida de la Constitución de Querétaro, el artículo 73 ha sido modificado ochenta y cinco veces y se han adicionado al mismo veintisiete nuevas facultades. Actualmente, ese artículo consta de cincuenta y siete fracciones en contraste con las treinta y una originales. Algunas de las competencias originales fueron derogadas, y otras fueron adicionadas, si bien se tuvo el cuidado formal de no

alterar el nomenclador, es decir, el artículo sigue teniendo treinta y una fracciones, pero hay una, la vigésima novena, que tiene nada menos que veintisiete letras adicionales. Como ya agotaron el abecedario, en la siguiente ronda de adiciones tendrán que modificar otra fracción para que también comience a desdoblarse a partir de la letra «a».

Esta apariencia ejemplifica el modo en que se ha ido dando la construcción de facultades, entendiéndolo que muchas son razonables porque constituyen respuestas a nuevos problemas. Por ejemplo, ha surgido la necesidad de legislar en materias: ambiental, de energía nuclear, comercial internacional, materias que, por razones obvias, no fueron contempladas en Querétaro. De manera que muchas de las disposiciones se justifican, pero debemos tener presente que se ha ido ensanchando el volumen de facultades de la federación a expensas de las que dejan de ser objeto de cooperación con las entidades federativas. Como acabo de decir, esto sería comprensible en varios casos, solo que también existen algunos elementos que contribuyen a la concentración del poder en el ámbito federal, es decir, en el ámbito central.

En 1917 la Constitución otorgaba muchas facultades de carácter tributario a las entidades federativas. La fiscalidad fue una de las cuestiones que dieron origen al constitucionalismo medieval, y que también ha tenido enorme importancia en el constitucionalismo moderno y contemporáneo. ¿Qué facultades tenía el monarca? y ¿qué facultades tiene hoy el Estado en materia de imposición tributaria y de distribución de la riqueza? En 1917 la Constitución reconoció amplias facultades tributarias a los estados. Veinticinco años más tarde, es decir, hace ochenta años, en 1942, se introdujo una modificación a la fracción XXIX del artículo 73 para establecer un amplio elenco de facultades tributarias a la federación en términos de exclusividad. Sobre ellas, cabe la posibilidad de que intervengan las autoridades estatales o municipales para determinar cargas fiscales. Esta modificación tuvo un impacto directo en el poder político federal, en el poder presidencial: dado que el presidente de la república devino la primera autoridad fiscal nacional, al disponer del mayor volumen de recursos tributarios multiplicó su poder político de manera extraordinaria.

En la reforma de 1942 se estableció que los estados tendrían una participación en los ingresos de la federación en los términos que estableciera la ley federal correspondiente. ¿Qué dice la ley federal? La ley aplicable actualmente tiene casi medio siglo, es de 1975, y establece que solo el 20 % de los ingresos que capta la federación es participable por parte de los estados; de ese 20 %, el 16 % es para los estados y el 4 % para los municipios. La regla de distribución es muy compleja, son algoritmos bien contruidos. Pero ¿qué es lo que

ocurre? El resto del presupuesto del que se puede disponer con libertad es una bolsa que el presidente de la república distribuye con mucha discrecionalidad, sobre todo porque en México el presupuesto no es una ley, sino un acto administrativo de la Cámara de Diputados. Por tanto, es una mera habilitación de gasto que el presidente de la república ejerce con la flexibilidad que él mismo determina.

El Congreso discute la asignación y el monto de las partidas, pero luego la propia ley permite al presidente reasignar las partidas en cada uno de los campos de gastos. Esto tiene mucho que ver con el sistema presidencial, pero tiene que ver todavía más con la debilidad estructural en el orden económico de las entidades federativas. Si nos comparamos con otros sistemas federales, se verá que eso no lo tomamos de Estados Unidos, sino que se trata de una aportación negativa nuestra al federalismo. En EE. UU. los estados tienen facultades tributarias que ejercen de maneras muy amplias y variadas. Por ejemplo, en Nueva York, el estado puede imponer hasta un máximo del 10 % de impuestos en relación con el ingreso personal, en Florida en cambio, la tasa es 0 %, pues los estados compiten para atraer inversiones. Por eso, Florida se llena de personas jubiladas y es el estado con la mayor población de personas de edad avanzada en Estados Unidos. Esta circunstancia ha dado lugar a que se reajusten sus impuestos, que es lo que también pasa con Arizona, que cuenta con un impuesto de tasa cero.

De igual forma, hay posibilidades que las ciudades —o lo que denominamos municipios— tengan sus propios impuestos. En la ciudad de Nueva York, la tasa máxima que se establece en cuanto a impuesto por ingreso personal es del 3 %. Pero no es solo Estados Unidos: también sucede en Argentina —donde las provincias tienen facultades tributarias— y en Brasil. En México, sin embargo, los estados tienen facultades tributarias muy limitadas y esto se traduce, por supuesto, en la dependencia del Gobierno federal.

Hay otras diferencias importantes que singularizan al sistema federal mexicano. Nuestros estados no pueden celebrar tratados internacionales, como sí lo hacen los *länder* en Austria o en Alemania o como sí lo pueden hacer las provincias en Argentina. Ciertamente, no pueden firmar tratados que impliquen compromisos de carácter económico, pero hay muchos elementos en el ámbito internacional de cooperación que pueden ser establecidos por la vía convencional. En el caso de México, todo debe de tramitarse a través del Gobierno federal; los estados no tienen capacidad de gestión internacional para promover ningún tipo de colaboración que no resulte onerosa para el estado que lo suscribe ni para el Estado federal mexicano. En los sistemas federales desarrollados, los entes federados también pueden establecer acuerdos re-

gionales para cooperación y esto es particularmente relevante en asuntos de seguridad, justicia, protección ambiental, auxilio mutuo en caso de siniestros, desastres naturales o crisis sanitarias, como la pandemia que acabamos de vivir. En México, a diferencia de todos los federales desarrollados, eso no está permitido.

Ahora bien, ¿qué pasa con el sistema judicial? Veamos el caso del amparo directo, que fue construido en el siglo XIX —como, en general, el juicio de amparo— y concebido como una garantía para la libertad individual. ¿Cuándo surge el amparo?, durante el periodo dictatorial de Antonio López de Santa Anna. La actitud represiva de su Gobierno generó un rechazo muy fuerte en el país; esta fue la razón de la independencia de un estado como Yucatán, que de ninguna manera quería desvincularse del país del que se sentía parte; lo que quiso fue «independizarse» de la dictadura de Antonio López de Santa Anna.

Antes de declarar su independencia, el juicio de amparo surgió en Yucatán como una forma de defender la libertad individual frente a la opresión política. Esta es la función que luego tuvo también en la dictadura de Porfirio Díaz, donde surgió el amparo directo o amparo judicial. Esta modalidad del amparo tenía como función evitar el dominio de los caciques locales con relación a la impartición de justicia. La impartición de la justicia ponía, así, un freno a los caciques facilitando la construcción de una dictadura nacional, porque se atribuía a la federación la posibilidad de involucrarse en la vida local de cada estado para evitar actos excesivos por parte de los caciques. Era una forma muy funcional de controlar a los gobernantes locales y construir una dictadura.

Bien, pensar hoy en la posibilidad del amparo directo, es decir, en que las decisiones de los jueces locales puedan ser impugnadas ante la justicia federal, es una forma de minimizar la responsabilidad de las tareas de cada una de las entidades federativas, además de multiplicar las instancias para los justiciables, lo cual genera asimetría entre la relación de los estados y la federación y desigualdad objetiva entre los justiciables, pues el costo del litigio no es asumible por todos. El acceso a la justicia federal implica un costo que muchas veces excede las posibilidades de los justiciables, de modo que la desigualdad y la inequidad se manifiestan tanto en el ámbito institucional como en el individual.

Por otro lado, y por fortuna, frente a este panorama se han generado respuestas muy creativas. Hoy puede decirse que, particularmente en las últimas dos décadas, México ha comenzado a dinamizarse. Se observa a través de instituciones de educación como la Escuela Judicial del Estado de México y por

el Poder Judicial del Estado de México, que nos permiten hablar de la profesionalización de los juzgadores y de los auxiliares administrativos de la justicia, de la especialización jurisdiccional, de la invocación en términos procesales; puede también advertirse que hay avances significativos en la infraestructura física y tecnológica, así como en lo que concierne a la independencia con la que se desenvuelve la mayor parte de los tribunales del país respecto del poder político.

Hay un ejercicio responsable y honorable en la función jurisdiccional y la mejor prueba es que las escuelas judiciales de la república, que además integran una red, se han convertido en un elemento dinámico para la mejoría de la justicia en todos los estados. Nuestros tribunales y nuestras escuelas forman parte de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales y tienen vínculos en todo el hemisferio y con España, de tal suerte que hay avances muy significativos. En un luminoso ensayo, mi entrañable y admirado amigo Rafael Estrada Michel habla de la pedagogía cívica que representan los tribunales, analiza la educación y capacitación impartidas por los tribunales, las vincula con el Estado constitucional y democrático, asimismo, subraya con acierto la importancia de la pedagogía cívica que se ejerce a través de las diferentes escuelas judiciales del país, que ya forman una corriente importante en la preparación de nuevos actores del mundo de la justicia.

Pero hay cuestiones todavía pendientes. En cuanto a la enseñanza en materia judicial, por ejemplo, valdría la pena disponer de una editorial judicial mexicana para facilitar las publicaciones y absorber o atenuar los costos de producción. También es recomendable compartir tecnologías, así como considerar el desarrollo de un profesorado de tiempo completo reclutado a través de la Red de Escuelas Judiciales del país que integre docentes nacionales y extranjeros e imparta de manera permanente ciclos semestrales o anuales.

Otro aspecto que tiene impacto en la actividad jurisdiccional es la ausencia de la colegiación obligatoria de los abogados en México. No existen, por ello, instancias institucionales para el control de la idoneidad profesional y ética de los intermediarios entre los justiciables y el juzgador, también hay que promoverla.

Debemos también revisar las escuelas de Derecho. México tiene el mayor número de escuelas de Derecho por cien mil habitantes de toda América; en nuestro país hay más de dos mil. La mayor parte defrauda a los educandos porque no les ofrecen una educación de calidad y eso se traduce después en una presión negativa para el aparato jurisdiccional, pues el que no sabe Derecho, pero sí tiene el título, trata de ejercer la carrera mediante presiones innobles.

En México tenemos, asimismo, un problema muy serio con la duración de los juicios. En la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la media de duración de los juicios es de ocho meses y esto es así porque hay países como Japón donde su media de los juicios en primera instancia es de cuatro meses, pero también hay países como Italia, donde la media del juicio es de diecinueve meses. Esto implica la necesidad de analizar y estudiar las razones por las que los juicios duran tanto. Cuando pensamos en tres instancias, nos encontramos que la media es de dos años en la OCDE, pero en Suiza es de un año, para las tres instancias, mientras que en Italia es de 8 años.

Bien, ¿dónde se sitúa México en este panorama?, ¿estamos dando cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 17 y 102 de la Constitución sobre la impartición de una justicia pronta y expedita?, ¿cuál es la tasa de juzgadores que tenemos?, en la Unión Europea, es de veintiún juzgadores por cada cien mil habitantes; España, por ejemplo, tiene a 11.5 jueces por cada cien mil habitantes; Alemania cuenta con 26.6 y Polonia con 26.5; Costa Rica tiene el mismo estándar que Alemania, con 26 juzgadores por cada cien mil habitantes, luego viene un desplome significativo, donde Colombia tiene solo 11, Perú y Paraguay tienen 10, pero México alcanza apenas 5.5 juzgadores por cada cien mil habitantes. Las condiciones de desventaja en la que nos encontramos para esa justicia pronta y expedita a la que nos obliga la Constitución, son gigantescas.

De los 193 países que forman la Organización de las Naciones Unidas, 170 tienen Ministerio de Justicia. Hablar de Ministerio de Justicia en cualquier parte es lo natural, es algo que ni siquiera entra en las consideraciones de un colega argentino, español o peruano, que lo consideran una institución con la que están familiarizados. En cambio, nosotros no tenemos un Ministerio de Justicia ni algo equivalente. No lo hemos tenido en los últimos 105 años; somos el único país de América y la OCDE que no tiene Ministerio de Justicia. No es poca cosa. Por eso tenemos 5.5 jueces por cada cien mil habitantes. El Estado mexicano carece de política de justicia, déficit que afecta al aparato de impartición de justicia y al propio justiciable.

Las funciones de un ministerio o una secretaría de justicia son numerosas. No tenemos un órgano que elabore estudios de impacto normativo, que analice la calidad de las normas, la adhesión espontánea a la legalidad, las variaciones en las exigencias o expectativas del acceso a la justicia, esto es, la prevalencia litigiosa; nos faltan estudios sobre costos de litigación; no tenemos políticas de promoción de colegiación, como se ha señalado antes; no hemos articulado políticas de mejora educativa, de manera que cualquiera que desee crear una escuela de Derecho en cualquier estado, puede hacer-

lo; no tenemos medios de acceso a la justicia institucional, y ni siquiera hemos aprovechado la estructura onerosísima de las comisiones de derechos humanos, que muy bien podrían convertirse en un medio de acceso a la justicia, porque las recomendaciones que hacen al aparato administrativo del estado cuando hay violaciones en materia de derechos humanos, podrían convertirse en los soportes para presentar acciones ante los juzgadores.

El déficit en cuanto al acceso a la justicia guarda relación con la conflictividad de cada sociedad. El porcentaje del producto interno bruto dedicado a la administración de justicia y al apoyo para el acceso a la justicia en nuestro país es uno de los más magros del mundo. En Japón, donde es muy bajo, apenas asciende al 1 % del PIB, pero la litigiosidad de Japón es también una de las más baja del planeta, el .01 %. En cambio, en Israel el apoyo al sistema judicial es del 9 % del PIB, y su nivel de litigiosidad es igual a la de Japón, el .01 %.

Estamos, pues, ante muchos problemas planteados por estas asimetrías del Estado federal, pero lo importante es que podamos hacer un diagnóstico adecuado y generemos propuestas concretas. Yo les propongo una: que consideremos la posibilidad de crear un ministerio o una secretaría de justicia en México, como también habría que pensar en la creación de ministerios de justicia en los propios estados. Que sigan el ejemplo del estado de México, porque eso no lo impide la Constitución.

En conclusión, tenemos que examinar la duración de los juicios, la generación de mayor número de juzgadores, una mayor capacidad de interacción entre los órganos de justicia del país y superar en el más breve plazo posible, lo que hoy estamos viendo como un déficit importante en materia de justicia.

Capítulo 3

EL JUEZ EN UN SISTEMA MULTINIVEL

Mario Hernández Ramos*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN-PLANTEAMIENTO. II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE DERECHOS. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III. LA UNIÓN EUROPEA: LA INTEGRACIÓN POLÍTICA. IV. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA: EL JUEZ NACIONAL ES JUEZ DE LA UNIÓN EUROPEA. V. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN DE DERECHOS. LA PROBLEMÁTICA LABOR DE UN JUEZ NACIONAL CON FUENTES INTERNACIONALES. VI. A MODO DE CIERRE. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN-PLANTEAMIENTO

A raíz de los procesos de integración europea que están teniendo lugar desde el final de la Segunda Guerra Mundial en Europa, en la actualidad el juez español desarrolla sus funciones es un escenario multinivel. Ello supone que el juez ha de aplicar tres ordenamientos jurídicos distintos: en primer lugar, el derecho nacional;¹ en segundo lugar, el derecho convencional (Convenio Europeo de Derechos Humanos,² en adelante CEDH, texto fundamental del Consejo de Europa³); y en tercer y último lugar, el derecho de la Unión Europea.⁴

Para los expertos de América Latina como la mayoría de los participantes en este foro, la aplicación del derecho de la Unión Europea difiere sustancialmente de la realidad jurisdiccional latinoamericana. Como se explicará

* Instituto de Derecho Parlamentario, Universidad Complutense de Madrid, España.

¹ Que, a su vez, en el caso español, se compone del derecho emanado de los poderes centrales (federales) y de las comunidades autónomas (federativas).

² European Court of Human Rights, *European Convention on Human Rights*, (France: Council of Europe), <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf>.

³ Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/portal>>.

⁴ Unión Europea, <https://european-union.europa.eu/index_es>.

más adelante, hay que prestar especial atención a una serie de instituciones jurídicas *exóticas* para realidades nacionales como los principios de primacía y efecto directo y la cuestión prejudicial.

Quizá lo más interesante de esta intervención es destacar que la aplicación federal del derecho del juez europeo dista mucho de la aplicación federal del juez iberoamericano en general y del mexicano en particular.

A grandes rasgos, el sistema mexicano bebe del modelo del sistema judicial estadounidense compuesto por un circuito estatal y un circuito federal.

El sistema europeo es completamente diferente, pues el juez aplica *simultáneamente* el derecho nacional y el derecho europeo, ordenamientos entre los cuales no juega un papel protagónico el principio de jerarquía. Insisto en el término *simultáneamente* y en la *ausencia de jerarquía* entre ordenamientos.

En este punto y antes de entrar en detalle, es imprescindible realizar una breve introducción sobre el sistema multinivel generado por el proceso de integración europea que comenzó tras el final de la Segunda Guerra Mundial y que, por tanto, lleva desarrollándose siete décadas.

La integración europea tiene dos dimensiones: por un lado, un proceso de integración del acervo jurídico de carácter eminentemente constitucional, en concreto en materia de derechos humanos, Estado de derecho y democracia que llevan a cabo los Estados parte del Consejo de Europa, organización internacional que, con algunos matices, es bastante similar a la OEA. Por otro lado, un proceso de integración política de los países miembro de la Unión Europea. Aunque ambos procesos presentan aspectos coincidentes e incluso convergentes —entre ellos, el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho—, la filosofía, el objeto y la motivación de ambas organizaciones internacionales son diferentes.

Antes de centrarme en las cuestiones más relevantes del modelo federal jurisdiccional europeo, permítanme apuntar brevemente una serie de características esenciales y definitorias de cada una de las organizaciones internacionales a las que acabo de hacer referencia.

II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE DERECHOS. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En términos sintéticos, puede afirmarse que los elementos esenciales que definen el Consejo de Europa y su interrelación con los sistemas nacionales son los siguientes:

- i. *Composición*: el Consejo de Europa es una organización internacional compuesta por cuarenta y seis Estados. Hasta la expulsión de la Federación Rusa por la invasión a Ucrania, la mayoría de la población, unos setecientos millones de personas, y del territorio europeo estaba bajo el influjo del Consejo de Europa. Tan solo Bielorrusia y la Santa Sede no son Estados miembros, aunque este último tiene carácter de observador, como México, por cierto.
- ii. *Objetivo*: alcanzar y preservar una mayor efectividad de los derechos humanos y libertades públicas,⁵ así como elevar los estándares en materia de Estado de derecho y democracia.
- iii. *Carácter internacional*: el Consejo de Europa es una organización internacional clásica. Promueve y facilita la elaboración y la firma de convenios internacionales que solo son jurídicamente vinculantes tras la ratificación de los Estados parte. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (CEDH) asume un gran protagonismo, pero no es el único instrumento relevante. Podrían destacarse otros de gran importancia como la Carta Social Europea,⁶ el Convenio sobre Ciberdelincuencia (del que México es un Estado observador),⁷ el Convenio sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica,⁸ el Convenio sobre Derechos Humanos y Bioética⁹ o el Convenio para la protección de los individuos en relación con el tratamiento

⁵ Art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa (5 de mayo de 1949):

«a) La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social;

b) Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales».

⁶ «The European Social Charter», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>>.

⁷ «The Budapest Convention (ETS No. 185) and its Protocols», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>>.

⁸ «Istanbul Convention, Action against violence against women and domestic violence», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention>>.

⁹ «Human Rights and Biomedicine: Oviedo Convention and its Protocols», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>>.

automatizado de datos personales,¹⁰ entre muchos otros.¹¹ Además, el Consejo cuenta con comités y comisiones de gran reputación que elaboran sus propias recomendaciones e informes. Aunque no son vinculantes (*soft law*), cada vez tienen más influencia. Un ejemplo son los documentos de esta naturaleza que emite la Comisión Europea para la Democracia a través del derecho, más conocida como la Comisión de Venecia,¹² o el Grupo de Estados contra la Corrupción, más conocido como GRECO.¹³

- iv. *Sistema institucional mixto* para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales, eminentemente del CEDH: en la medida en que es un sistema clásico de derecho internacional, los compromisos son vinculantes, pero la ejecutoriedad ha constituido siempre un desafío. El órgano principal encargado de monitorizar la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el Comité de Ministros,¹⁴ órgano de naturaleza y composición política, pues como su propio nombre indica está integrado por ministros de los cuarenta y seis Estados parte del Convenio. Recientemente, el TEDH ha incorporado a la labor de vigilancia del cumplimiento de sus sentencias, aunque su participación es puntual.¹⁵
- v. *Incorporación en el ordenamiento jurídico nacional: ¿monismo o dualismo?:* la recepción de las normas de derecho internacional en el ordenamiento jurídico nacional es una decisión soberana. En los sistemas monistas o de recepción automática, los tratados internacionales se integran en el ordenamiento jurídico interno mediante la ratificación por parte del Estado. En los sistemas dualistas se exige la adopción de una norma nacional relativa a la incorporación, es decir, el tratado internacional ingresa en el ordenamiento jurídico nacional mediante una norma interna interpuesta. La integración del CEDH depende del sistema nacional; por ejemplo, el Reino Unido es un sistema dualista que ha incorporado el CEDH a su ordenamiento interno median-

¹⁰ «Protection des données: Convention 108 and Protocols», Council of Europe, <<https://www.coe.int/es/web/data-protection/convention108-and-protocol>>.

¹¹ «Treaty Office: Complete list of the Council of Europe's treaties», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>>.

¹² «Venice Comision», Council of Europe, <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/>>.

¹³ «Group of States against Corruption: Welcome to the GRECO website», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/greco>>.

¹⁴ «Committee of Ministers», Council of Europe, <<https://www.coe.int/en/web/cm/home?desktop=true>>.

¹⁵ Art. 46 CEDH.

te la Ley de Derechos Humanos 1998; por el contrario, en virtud del art. 96 de la Constitución española,¹⁶ España es un sistema monista moderado que requiere la publicación del instrumento internacional en el Boletín Oficial del Estado.¹⁷ Veremos que, en caso del derecho de la Unión Europea esa decisión no la tomaron los Estados, sino el Tribunal de Justicia de la UE mediante una interpretación de los Tratados Fundacionales que apostó por una recepción monista.

- vi. *Margen de apreciación nacional*: este es un elemento esencial del funcionamiento del sistema convencional, pues permite un cierto (y necesario) espacio de flexibilidad interpretativa en aquellos temas en los que no hay un estándar común e indiscutible al que adhieran todos los Estados parte.¹⁸ No hay que perder de vista que el Consejo de Europa integra la realidad jurídica-cultural de cuarenta y seis países: exige poner en común las visiones del *Common Law* como Reino Unido, Irlanda, Malta o Chipre y de sistemas continentales tan dispares como el alemán, o el francés, así como los de la antigua órbita soviética, tal es el caso de Ucrania o Bulgaria. Asimismo, deben cohonestarse cuestiones todavía más relevantes, por ejemplo, la laicidad del modelo francés o la tolerancia social de los Países Bajos con culturas, permítaseme la expresión, más militantes o identificadas con valores concretos, como las de Turquía (gran parte de cuya población es musulmana), Irlanda (cuya ciudadanía es mayoritariamente católica), o Grecia (donde buena parte de sus habitantes profesan la fe ortodoxa).

¹⁶ Art. 96.1 CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno».

¹⁷ En este punto, es importante señalar que la Constitución española contiene una cláusula hermenéutica en el art. 10.2 CE que impone a los operadores jurídicos interpretar las normas constitucionales conforme los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos.

Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Sobre la relevancia y aplicación del art. 10.2 CE véase, por todos, A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución española*, (Madrid: CGPJ, 1999).

¹⁸ Sobre este tema véase, por todos, J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, (Madrid: Civitas, 2010).

III. LA UNIÓN EUROPEA: LA INTEGRACIÓN POLÍTICA

Para ofrecer una visión comparada de ambas organizaciones internacionales e identificar los principales elementos que distinguen ambos procesos de integración y el modo en que inciden en la labor jurisdiccional del juez, en el análisis sumario de la Unión me referiré a los mismos elementos que para la descripción del Consejo de Europa.

- i. *Composición*: actualmente, la Unión Europea está integrada por veintisiete Estados miembros, tras la salida del Reino Unido, que se hizo efectiva en 2020.¹⁹
- ii. *Objetivo*: el propósito de la Unión Europea —comunidades europeas en su origen— ha ido evolucionando con el tiempo.²⁰ El objetivo primordial originario era el establecimiento de un mercado interior común en los Estados miembros,²¹ basado en cuatro libertades fundamentales: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, la libre circulación de servicios y la libre circulación de capitales.²² Con el tiempo, a este ámbito económico se añadió el objetivo de construir también una entidad social y política con un espacio de libertad, seguridad y justicia —y sin fronteras interiores— en la que también estuviera garantizada la libre circulación de personas.²³ Baste señalar, para ejemplificar esta evolución, el hecho de que una organización internacional fundada en 1957 y originariamente centrada en

¹⁹ «Historia de la UE», Unión Europea, <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_es>.

²⁰ En la actualidad, los objetivos de la UE están enunciados en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea.

²¹ Art. 3.3. Tratado de la Unión Europea: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

²² Art. 26.2 Tratado de Funcionamiento de la UE: «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

²³ Artículo 3.2 Tratado de la Unión Europea: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia»

la creación de un mercado único ha aprobado una Carta de Derechos Fundamentales dotada de la más alta jerarquía normativa en 2009.

- iii. *Carácter no simplemente-internacional*: a pesar de que nos hemos referido a la Unión Europea como una organización internacional, es mucho más que eso, o no es solo eso. Dada la dificultad de conceptualizarla, se ha señalado que se trata de una organización internacional *sui generis*, una *rara avis*. En pocas palabras, lo que distingue a la UE de una organización internacional es la cesión a su favor de **competencias soberanas** por parte de los Estados miembros,²⁴ competencias que ejercen las instituciones de la UE de manera exclusiva²⁵ (en materias como, por ejemplo, la aduanera, la competencia necesarias para el funcionamiento de mercado interior, la política monetaria [euro], la política comercial o la conservación de los recursos biológicos en el marco de la política pesquera común), o compartida²⁶ con los Estados (por ejemplo, el mercado interior, la agricultura y la pesca, el medio ambiente, la protección de los consumidores, el transporte, la energía, el espacio de libertad, seguridad y justicia; transporte; o redes transeuropeas).²⁷ Este proceso de integración no es homogéneo en todos los Estados, pues la competencia sobre la política económica y monetaria²⁸ solo ha sido cedida por diecinueve Estados.²⁹ Por ello, se ha planteado la cuestión de si la Unión Europea es una organización internacional o si está en camino de convertirse en un nuevo Estado, debate sobre

²⁴ En el caso de España, puede cederse el ejercicio de las competencias soberanas *ex art.* 93 CE, que dispone: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

²⁵ Sobre competencias exclusivas, para una definición, véanse los arts. 2.1. y 3 del Tratado de Funcionamiento de la UE para el listado de materias.

²⁶ Para una definición de las competencias compartidas, véanse los arts. 2.2. y 4 del Tratado de Funcionamiento de la UE para el listado de materias.

²⁷ Para entender el sistema competencial de la UE, además de la definición del tipo de competencia (que no se agota en exclusivas y compartidas) y del listado de materias, es imprescindible tener en cuenta el principio de atribución (arts. 4 y 5.2 del TUE) en la delimitación de las competencias, y los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE) y proporcionalidad (art. 5.4 TUE) para el ejercicio de las mismas.

²⁸ «Unión Económica y Monetaria», Banco Central Europeo, <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/history/emu/html/index.es.html>>.

²⁹ Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Grecia, Eslovenia, Chipre, Malta, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania

el que no podemos detenernos en estas páginas.³⁰ Pero no hay duda de que la conformación de los espacios anteriormente mencionados, sobre todo el espacio de libertad, seguridad y justicia, está cambiando radicalmente el escenario y los esquemas del ejercicio jurisdiccional en Europa.

- iv. *Protagonismo judicial* en el sistema institucional que garantiza el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros de la UE. Al subrayar esta característica no pretende afirmarse que la política no juega un papel importante, máxime teniendo en cuenta que estamos en la dimensión internacional, sino únicamente que los tratados fundacionales han atribuido un papel protagónico al Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, TJUE) y a los tribunales nacionales en la labor de controlar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros.
- v. *Incorporación en el ordenamiento jurídico nacional: sistema monista y principio de autonomía del derecho de la UE*: en pocas palabras, el TJUE, con base en el derecho de la UE, privó a los Estados de la facultad de elección entre un sistema monista o dualista, como veremos más adelante.³¹ Las relaciones entre el derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos nacionales se articula en términos monistas con un fundamento muy claro: la necesidad de garantizar la interpretación y aplicación uniforme de las normas europeas y su carácter invocable.

En este punto, es imprescindible detenernos en uno de los grandes principios que definen el derecho de la UE: el principio de autonomía, o dicho en otras palabras, el carácter autónomo del derecho de la Unión Europea frente a los derechos nacionales. Este principio implica, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico de la UE es aplicable en los Estados, que surte efectos jurídicos por su propia autoridad sin necesidad de que los Estados lo incorporen en sus respectivos ordenamientos nacionales; y, en segundo lugar, que cualquier persona puede invocar las normas del derecho de la UE ante los tribunales de

³⁰ En efecto, hace unos años el debate estrella en torno a la UE versaba sobre si la inercia federal de la Unión Europea no acabaría en un país llamado los Estados Unidos de Europa. Esos debates han sido sofocados por movimientos contrarios a la globalización e integración europea como el *Brexit* o los desafíos planteados por partidos políticos que han accedido a los gobiernos de determinados Estados miembros, asumiendo posturas abiertamente populistas y antiliberales. Hungría y Polonia son dos ejemplos paradigmáticos, pero no exclusivos.

³¹ Sentencia del TJUE *Van Gend en Loos* 26/62.

cualquier Estado miembro y que la garantía de su cumplimiento no recaer solo en el TJUE, sino también en todos los tribunales nacionales.

En virtud de su autonomía, el derecho de la UE define el alcance y la *aplicabilidad* de todas sus normas con independencia de su rango o contenido. Por eso, cualquier norma puede ser invocada para resolver un conflicto jurídico, y es aplicable tanto a los poderes públicos como a los particulares. Cuestión distinta, a la que me referiré más adelante, es el *efecto* de la aplicación o invocación de las normas del derecho de la UE.

Para comprender un poco mejor la estructura y el funcionamiento de la jurisdicción de la UE, podría compararse con otras organizaciones internacionales que suelen crear tribunales específicos para el cumplimiento de sus normas, si bien en el caso de las organizaciones internacionales los destinatarios de las normas del derecho internacional suelen ser los Estados, mientras que, en el caso de la UE, el cumplimiento de las normas está confiado principalmente a los tribunales nacionales, que deciden la mayoría de los litigios sobre el derecho de la UE que planteen los particulares —entre sí o frente a sus Estados—, y el TJUE tiene atribuida la importantísima facultad de ser el intérprete autorizado de las normas europeas, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

- vi. *Margen de apreciación nacional*: en coherencia con lo expuesto en el punto anterior, en la aplicación del derecho de la UE no hay margen de apreciación, pues el derecho de la UE es vinculante y directamente aplicable. Precisamente por esta razón, una de las mayores preocupaciones en el sistema institucional de la UE radica en que el derecho de la UE sea interpretado de manera homogénea en todos los Estados miembros, objetivo para cuyo logro se ha diseñado un mecanismo jurisdiccional al que nos referiremos más adelante: la cuestión prejudicial.

En síntesis, puede afirmarse que, aunque haya grandes diferencias entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, ambos procesos de integración han supuesto una profunda modificación de los sistemas institucionales y jurídicos de los Estados miembros de ambas entidades, y que una de las transformaciones más relevantes atañe al papel del juez.

La diferente naturaleza de la integración implica, como se verá más abajo, el diseño y la utilización de diferentes instrumentos procesales. Pero en el

fondo, hay una clara convergencia en lo que respecta a la materia. No puedo detenerme a analizar este aspecto. Basten dos apuntes muy ilustrativos sobre esta cuestión: en primer lugar, debe tenerse en cuenta que todo país candidato a ingresar en la UE debe ser primero miembro del Consejo de Europa, y que la incorporación al Consejo de Europa exige la satisfacción de unos estándares mínimos en materia de derechos humanos, democracia y Estado de derecho; en segundo lugar, en virtud del art. 6.2 del Tratado de la UE (en adelante TUE), la Unión Europea se adherirá al CEDH como una parte más del resto de los cuarenta y seis países soberanos. Esto implica apuntalar la ya existente convergencia en materia de derechos humanos entre la UE y el Consejo de Europa, cuestión ciertamente interesante en la que tampoco puedo detenerme en estas páginas.³²

IV. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA: EL JUEZ NACIONAL ES JUEZ DE LA UNIÓN EUROPEA

El sistema jurídico —y judicial— resultante de la conformación de UE es limítrofe al sistema federal, dicho esto con todas las cautelas y con plena conciencia de los problemas que lleva aparejada la comparación del proceso de integración europeo con un proceso de «federalización».

La principal característica en la que voy a detenerme es la que define ese modelo: el juez nacional (español) es juez de la UE. No hay jueces profesionales de la UE que apliquen el ordenamiento jurídico de la UE derivado de la cesión de competencias nacionales.

El TJUE es un órgano centralizado, pero no hay casación. ¿Cómo se aplica entonces el derecho de la UE?

La cesión de competencias soberanas por parte de los Estados que comporta la pertenencia a la UE supone la creación de un ordenamiento jurídico que existe y se aplica junto con el derecho nacional. Como en toda experiencia federal, esto implica potenciales roces entre ambos sistemas jurídicos.

³² Sobre los efectos de la adhesión de la UE al Consejo de Europa, véase M. Hernández Ramos, *El fortalecimiento de la Europa de los derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio*, citado en J. García Roca y R. Bustos Gisbert, coords., *Identities europeas, Subsidiariedad e Integración*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 141-76.

Para procurar una coexistencia lo más armónica posible entre ambos ordenamientos, el TJUE ha desarrollado en su jurisprudencia una serie de principios que complementan algunos de los mecanismos jurisdiccionales que los Tratados Fundacionales han diseñado a tal efecto.

Sendas instituciones, principios y mecanismos jurisdiccionales coadyuvan para conseguir un objetivo común: un ordenamiento jurídico con un significado homogéneo en los veintisiete países miembros de la UE.

Por razones de economía expositiva, me centraré en dos principios que el TJUE dedujo de los Tratados Fundacionales pero que no estaban explícitamente formulados en los mismos: el principio de *primacía* y el principio de *efecto directo*. Estos principios han de ser entendidos tomando en consideración el principio de autonomía al que he aludido anteriormente.

Me centraré en el mecanismo de coordinación jurisdiccional por excelencia en el derecho de la UE: la cuestión prejudicial.

1. El principio de efecto directo, o eficacia directa del derecho de la Unión Europea³³

El Tribunal de Justicia ha establecido en su jurisprudencia³⁴ el principio del efecto directo del derecho europeo en los Estados miembros, que faculta a los ciudadanos europeos para *invocar* directamente las normas del derecho de la Unión ante sus tribunales nacionales. ¿En qué consiste, por tanto, el efecto directo de las normas de la Unión Europea?

A) En primer lugar, conceptualiza las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el de la UE en términos monistas, como ya he explicado al hablar del principio de autonomía. En este punto, hay que advertir que

³³ Para la elaboración de este epígrafe se ha seguido principalmente a D. Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea*, (Madrid: Marcial Pons, 2020), 296-326.

³⁴ Comenzando por la sentencia *Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963. En este caso, el TJUE dirimió la siguiente controversia: al importar mercancías de Alemania a los Países Bajos, la empresa de transportes *Van Gend & Loos* tuvo que pagar unos aranceles que estimaba contrarios a la norma del Tratado de Comunidad Económica Europea que prohibía a los Estados miembros aumentar los derechos de aduana en sus relaciones comerciales. El recurso presentado planteaba el conflicto entre una normativa nacional y las normas del Tratado de la Comunidad Económica Europea. El Tribunal de Justicia de la UE se pronunció sobre la misma a raíz de la petición de la cuestión prejudicial planteada por un tribunal neerlandés, proclamando la doctrina del efecto directo, que en este caso otorgaba a la empresa de transportes una garantía directa ante el órgano jurisdiccional nacional de sus derechos derivados de la normativa comunitaria.

no todas las normas del derecho de la UE tienen efecto directo, pero sí son aplicables.³⁵

¿Cuáles son las normas que tienen efecto directo? En la mencionada STJUE *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se expresó en los siguientes términos: aquellas normas que sean «suficientemente precisas, incondicionales, que no acarreen una obligación de hacer, y que no se acompañan de reserva alguna de los Estados que supediten su efectividad a un acto positivo de derecho interno».

Por tanto, para que una norma goce de efecto directo, ha de satisfacer dos requisitos acumulativos:

- 1) *Precisión y claridad*: la norma ha de ser precisa, clara. *A contrario sensu*, carecen de efecto directo normas ambiguas cuya redacción dificulte su interpretación o la determinación de su alcance porque, por ejemplo, no permiten derivar derechos ni obligaciones o sus destinatarios no están bien definidos. No se trata solo de derechos subjetivos, sino del interés legítimo concreto del individuo. Además, el hecho de que la norma presente un margen para la interpretación no supone ausencia de efecto directo, pues toda norma es interpretable: lo único que necesita es **concreción**.³⁶
- 2) *Incondicionalidad*: la norma debe ser incondicional. El predicado de la incondicionalidad se concreta en diversos aspectos, entre ellos que la norma contemple obligaciones de no hacer, que no prevea reservas de los Estados o periodos transitorios que limite sus efectos, que la norma no otorgue una discrecionalidad tal a los Estados o las instituciones europeas que pueda afectar a la definición de sus elementos esenciales. En definitiva, la norma es incondicional cuando pueda aplicarse en la resolución de un conflicto sin necesidad de un ulterior desarrollo normativo.

B) En segundo lugar, y más importante aún, en coherencia con el carácter monista, las normas que tengan efecto directo permiten a los particulares

³⁵ Por razones de espacio, no podemos detenernos en muchas cuestiones que deberían ser apuntadas en beneficio de la precisión y la exactitud. En todo caso, es necesario señalar aquí que el carácter monista solo puede predicarse de las normas que tengan efecto directo, como se explicará a continuación.

³⁶ Por ejemplo, en la STJUE *Giménez Zaera*, asunto 126/86, el TJUE no consideró que el objetivo contenido en el art. 2 TCEE del mercado común «la promoción de una elevada acelerada del nivel de vida» debido al alto grado de inconcreción del enunciado.

hacer valer los derechos que les confieren facultando incluso a los jueces a **desplazar** las normas nacionales que se lo impidan.

Desde que la norma europea se integra en el derecho nacional, todas las normas nacionales deben interpretarse de tal forma que se evite cualquier conflicto entre normas europeas y normas nacionales. La *interpretación conforme* no es una figura jurídica novedosa en el constitucionalismo europeo.³⁷ La interpretación conforme no es una facultad, sino una *obligación* del órgano que debe aplicar la norma europea, ya que promueve una suerte de eficiencia jurídica: es preferible interpretar de manera conforme una norma de derecho nacional que declararla incompatible con el derecho de la Unión Europea.

En el caso de que fuera posible realizar la interpretación conforme para evitar una colisión, la norma europea habilita al órgano nacional que aplica la norma (órgano jurisdiccional) para que *inaplique* la norma nacional.

Este efecto de desplazamiento de la norma nacional se produce en virtud del principio de primacía al que me referiré a continuación.

De esta manera, se ha introducido un *control directo de legalidad del derecho nacional a la luz del ordenamiento jurídico de la Unión Europea*. Pero nótese, y esto es muy importante, que la interpretación conforme es una cuestión relativa a la aplicación de la normas, no a su validez.

2. *El principio de primacía del derecho de la Unión Europea*³⁸

El principio de primacía determina la obligación de los Estados miembros de cumplir el derecho de la Unión Europea cuando se produce un conflicto entre normas nacionales y normas de derecho de la UE.

Este principio, formulado de manera pretoriana también por el TJUE en la STJUE *Flaminio Costa c. ENEL* (1964),³⁹ establece que, en caso de conflicto con normas nacionales, los Estados han de aplicar la norma europea en de-

³⁷ En España, también existe esta obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Así, el artículo 5.1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial dispone: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

³⁸ Para la elaboración de este epígrafe se ha seguido principalmente a Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea*, 329-55.

³⁹ STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL* 6/64.

trimento de la norma nacional. Debe quedar muy claro que la primacía hace referencia a la prioridad en la *aplicación* de normas, no a su validez.⁴⁰

En recién citada sentencia el TJUE estableció la primacía del derecho comunitario sobre la normativa nacional. En este asunto, un tribunal italiano había preguntado al TJUE si la Ley italiana de nacionalización del sector de la producción y distribución de energía eléctrica era compatible con determinadas normas del Tratado Comunidad Económica Europea (TCEE). El Gobierno italiano adoptó una postura típica en el derecho internacional público: la norma italiana de 1962 es posterior al TCEE, de 1957, por lo que al incumplir un compromiso internacional Italia respondería internacionalmente ante los demás Estados miembros. Es el Estado el que determina la manera en que sus autoridades resuelven sus conflictos y las eventuales responsabilidades internacionales. En efecto, la primacía, entendida como la prioridad en la aplicación de normas, es característica del derecho internacional, y depende del Estado el modo de dar cumplimiento al principio *pacta sunt servanda*. Cada Estado decide cómo se relaciona con las normas nacionales e internacionales y cómo solucionar los conflictos con ellas. El Estado solo está obligado a cumplir la norma internacional, pero la forma de hacerlo depende de él.

Sin embargo, el TJUE cambió radicalmente este criterio y, basándose en el carácter autónomo del derecho de la UE (STJUE *Van Gend en Loos*, de 1963), la aplicabilidad de todas las disposiciones del derecho de la UE y la cesión de competencias soberanas, formuló la doctrina de la primacía del derecho comunitario, doctrina sustentada en la naturaleza específica del ordenamiento jurídico comunitario que *obliga a aplicarlo de manera uniforme en todos los Estados miembros*. Esto es, una vez cedidas las competencias soberanas, no es posible que un Estado haga prevalecer una medida unilateral establecida con posterioridad a un ordenamiento jurídico supraestatal (el derecho de la UE) que ya ha sido aceptado por varios Estados. La consecuencia inmediata es que la norma nacional no puede prevalecer frente al derecho de la UE simplemente por ser posterior.

El derecho de la UE no se limita a determinar la obligatoriedad de los compromisos adquiridos —no depende del Estado establecer el tipo de relaciones—, sino que también establece la forma en la que se ha de resolver

⁴⁰ Esta doctrina ha sido asumida por el Tribunal Constitucional español, que ha declarado que «el principio de primacía del derecho de la Unión Europea es parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento» (STC 145/2012, de 2 de julio).

conflictos mediante la inaplicación de la norma nacional.⁴¹ El fundamento de esta norma de inaplicación y depuración se encuentra en el propio derecho UE, no en el ordenamiento jurídico nacional. Se produce, así, una auto atribución del derecho de la UE de una función que tradicionalmente correspondía (y sigue correspondiendo) a los Estados miembros cuando contraen obligaciones en el plano internacional.

Es importante subrayar que la combinación entre el efecto directo y la primacía hacen del ordenamiento jurídico de la UE un derecho más cercano al de un ordenamiento federal que al de un ordenamiento internacional. El conflicto entre normas de derecho de la UE y derecho nacional no se plantea en términos de jerarquía normativa, por lo que no se declara la invalidez de la norma nacional. Solo se establece la obligación por parte del Estado de expulsar esa norma del ordenamiento jurídico.

Un último apunte sobre el principio de primacía. Considero importante —y más aún en el foro en el que nos encontramos— prestar atención al papel del juez una vez confirmada la incompatibilidad entre la norma nacional y norma nacional. En la famosa STJ *Simmmenthal*,⁴² el TJUE declaró de nuevo que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar normas de derecho de la UE «está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, **por su propia iniciativa**, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional».

⁴¹ Y, eventualmente, expulsando esa norma del ordenamiento nacional, pero no en virtud del principio de primacía, sino en el de lealtad y de responsabilidad del Estado. El principio de responsabilidad de un Estado miembro frente a los particulares por los daños sufridos como resultado de un incumplimiento de una norma europea por parte de ese Estado es una categoría esencial del Derecho de la UE que fue desarrollado por el TJUE en 1991, en la sentencia *Francovich y otros*. De esta manera, desde 1991 los ciudadanos europeos tienen la posibilidad de reclamar una indemnización al Estado que infringe una norma comunitaria. En este caso, se trataba de dos ciudadanos italianos cuyos salarios no habían sido pagados por sus respectivos empresarios declarados en quiebra, que recurrieron contra el Estado italiano por no haber adaptado el ordenamiento jurídico interno a las normas comunitarias sobre protección de los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario. Planteada la cuestión por un órgano jurisdiccional italiano, el Tribunal de Justicia determinó que la norma europea (una directiva) correspondiente pretendía otorgar a los trabajadores asalariados unos derechos de los que habían sido privados por la omisión del Estado, que no había adaptado el Derecho nacional a las previsiones de aquella, abriendo de esta forma una vía para reclamar una indemnización al propio Estado.

⁴² STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, 106/77.

Con el tiempo, esta afirmación tan tajante fue matizada por el propio TJUE⁴³ limitando estos poderes de inaplicación del órgano jurisdiccional nacional solo a las normas de la UE que gozaran de *efecto directo*, esto es, a las normas europeas claras e incondicionales.

3. Cuestión prejudicial⁴⁴

A. Definición y función: interpretación y aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea

Posiblemente, la cuestión prejudicial es la figura más importante del sistema de control jurisdiccional establecido por el derecho de la UE. A diferencia de los principios anteriormente mencionados, este mecanismo jurisdiccional sí está previsto explícitamente en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico de la UE,⁴⁵ si bien el art. 267 del TFUE es el precepto jurídico que regula la figura con mayor detalle.⁴⁶

La cuestión prejudicial es un mecanismo que faculta a un órgano jurisdiccional nacional ante el que se está sustanciando un litigio que requiere la aplicación de una norma de la UE, para dirigirse al TJUE a fin de solicitar que este interprete o determine la validez de la norma en cuestión. Una vez emitida la respuesta del TJUE, el juez nacional resolverá el litigio principal.

⁴³ Véanse, por ejemplo SSTJUE *Winner Wetten*, C.409/06; *Poplawski*, C-573/17

⁴⁴ Para la elaboración de este epígrafe se ha seguido principalmente a A. Mangas Martín, y D.J. Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, (Madrid: Tecnos), 457-62.

⁴⁵ Artículo 19.3 Tratado de la Unión Europea; artículo 267 Tratado Funcionamiento de la Unión Europea. Esta regulación ha sido desarrollada en otros textos comunitarios y, de modo especial, por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 y por el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012, en el Título III bajo la rúbrica «de las cuestiones prejudiciales» (arts. 93 a 118).

⁴⁶ Art. 267 TFUE: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad».

Por tanto, compete al TJUE interpretar y controlar la validez de las normas que conforman el ordenamiento comunitario para garantizar su *aplicación uniforme* en el territorio de los Estados miembros de la UE.

Esta técnica constituye un instrumento muy útil en el seno de un modelo de organización jurisdiccional de carácter **descentralizado** y basado en el **principio de cooperación** como el de la UE.⁴⁷ La aplicación ordinaria y mayoritaria de las normas de la UE corresponde a las Administraciones de los Estados miembros y, por ello, los litigios que se suscitan con ellas se plantean ante los jueces nacionales, llamados a ser los jueces ordinarios del derecho de la UE.

Esta descentralización de la aplicación judicial de las normas de la UE conlleva un evidente peligro de *interpretaciones diferenciadas* en función de las peculiaridades de los distintos derechos nacionales.

La cuestión prejudicial está diseñada para conjurar ese peligro, pues permite al TJUE asegurar la *interpretación uniforme* del derecho de la UE, dejando a su vez la tarea de aplicación efectiva de sus normas a los jueces nacionales.

Se trata de un mecanismo jurídico basado en la *cooperación* entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales, y no en una relación jerárquica entre ellos como la que se derivaría de la implantación de un sistema de recursos de casación.

Además de garantizar la aplicación uniforme del derecho de la UE, es una vía para que el TJUE controle la **legalidad** de los actos de las instituciones que, considerando el limitado acceso de los particulares al recurso de anulación, completa su protección jurisdiccional de los particulares.

Por tanto, la cuestión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea cuyo objeto es proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en la Unión. Constituye, pues, un instrumento de *colaboración judicial* para garantizar la *correcta interpretación y aplicación* del ordenamiento de la UE en los países miembros.

⁴⁷ El diálogo entre los diferentes tribunales de los diferentes niveles constitucionales, a saber, TJUE, TEDH y tribunales nacionales, incluyendo los tribunales constitucionales, se ha antojado como una herramienta imprescindible para evitar enfrentamientos, choques de trenes y callejones sin salidas. Sobre la técnica del diálogo judicial véase, por todos, R. Bustos Gisbert, «XV proposiciones generales para una teoría de diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95 (2012): 13-63.

B. Aspectos procedimentales

Las cuestiones prejudiciales únicamente pueden ser planteadas por los órganos jurisdiccionales, ya que, como se ha dicho, el mecanismo prejudicial es un sistema de cooperación entre el juez nacional y el TJUE.

Las partes en el litigio principal disponen solo de la posibilidad de sugerir al juez la necesidad de la remisión prejudicial, pero carecen de derecho alguno para exigirle que la formule.

El Tribunal nacional deberá exponer sucintamente los hechos del caso, la norma que considera aplicable —y de la que depende el fallo— y las dudas o cuestiones controvertidas que somete a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedando vinculado por su declaración.

El supuesto de hecho para poder plantear una cuestión prejudicial es que en un proceso jurisdiccional pendiente de resolución surja una duda sobre la interpretación del derecho de la UE o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones y resulte necesario resolver esa duda para poder emitir su fallo.

¿Es obligatoria la interposición de una cuestión prejudicial?

Los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al TJUE, pudiendo plantearla si concurren tres requisitos: en primer lugar, que el juez nacional se enfrente una cuestión relativa a la interpretación o apreciación de la validez de una norma de la UE; en segundo lugar, que dicha cuestión surja en un asunto pendiente de resolución; y, en tercer lugar, que para emitir su fallo el juez nacional necesite que el TJUE se pronuncie con carácter previo.

Ahora bien, el órgano jurisdiccional nacional tendrá la **obligación** de plantear la cuestión prejudicial si sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial en el derecho nacional.

Por último, es interesante apuntar que, aunque este procedimiento solo puede ser iniciado por un órgano jurisdiccional nacional, las partes litigantes en el asunto de que conoce, los Estados miembros y las instituciones de la Unión pueden participar en el procedimiento iniciado ante el Tribunal de Justicia.

C. Efectos de las sentencias prejudiciales

Cuando se pronuncia sobre la interpretación o la validez del derecho de la Unión, el objetivo del Tribunal de Justicia es suministrar una respuesta útil

para la solución del litigio principal, pero es **el órgano jurisdiccional remitente el que tendrá que deducir las consecuencias concretas** que corresponda y, en su caso, declarar inaplicable la norma nacional.

Es decir, en consonancia con la distribución de funciones entre el TJUE y los jueces nacionales, el TJUE se limita a interpretar las normas de la UE, pero **nunca** procede a su aplicación al caso concreto, puesto que esta es una tarea exclusiva del órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio principal.

Por eso, el TJUE no verifica la compatibilidad del derecho nacional con el derecho de la UE. Esta verificación corresponde al juez nacional y en las cuestiones relativas a la interpretación el TJUE se limita a proporcionar al órgano judicial nacional los criterios hermenéuticos para que la lleve a cabo.

El Tribunal de Justicia no responde con un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un auto motivado. La sentencia prejudicial de interpretación vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión, que debe aplicar la norma de la UE de conformidad con la interpretación realizada por el TJUE. Es decir, el órgano jurisdiccional nacional destinatario está **vinculado** por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico, desplegando así un **efecto general**.

V. EL JUEZ NACIONAL EN UN ESCENARIO DE INTEGRACIÓN DE DERECHOS. LA PROBLEMÁTICA LABOR DE UN JUEZ NACIONAL CON FUENTES INTERNACIONALES

En este proceso de integración se dan ciertas similitudes con el sistema interamericano de derechos humanos, aunque las diferencias son tan significativas que puede afirmarse que son realidades aún bastante distantes.

En primer lugar, en los sistemas nacionales europeos —y en el caso español de manera más acusada—, el juez nacional es juez de los derechos, que debe aplicar estándares europeos disponiendo en la práctica de dos fuentes principales:

- En primer lugar, la jurisprudencia del TEDH, que interpreta de una norma internacional, el CEDH, incorporada al ordenamiento jurídico nacional con rango supralegal, pero infraconstitucional (*ex art. 96*

CE⁴⁸), aunque como concreción interpretativa de normas constitucionales en materia de derechos fundamentales (*ex art. 10.2 CE*⁴⁹), como ya se indicó anteriormente;

- En segundo lugar, los jueces nacionales atribuyen cada vez más importancia a los informes, recomendaciones, decisiones, etcétera, de una serie de instituciones y comités pertenecientes al Consejo de Europa que se enmarcan en la llamada *soft law*, caracterizada por carecer de naturaleza vinculante.⁵⁰ Anteriormente ya he hecho referencia a la Comisión de Venecia y al GRECO,⁵¹ pero existen muchos más: el Comisionado de Derechos Humanos, el Comisionado para la Protección de Datos, el Comité para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos y Degradantes, el Comité para Derechos Humanos en el campo de la Biomedicina y Salud, la Comisión para la Igualdad de Género, y un largo etcétera.

En segundo lugar, la relevancia del control de convencionalidad no es la misma en Europa y en América. Una de las cuestiones que genera esta diferencia es el cambio que ocasionó el Protocolo N.º 11 al CEDH, en vigor desde 1998, que eliminó la Comisión y otorgó legitimación activa a todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados parte del Convenio para presentar demandas individuales ante el TEDH. En consecuencia, y a diferencia del sistema interamericano, en el TEDH no existe ya ninguna institución que actúe de filtro para identificar casos de significativa importancia. Por eso, si no se resuelven las causas de problemas sistémicos nacionales, pueden llegar al TEDH cientos de demandas con la misma raíz.

⁴⁸ Art. 96.1 CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional».

⁴⁹ Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁵⁰ Véase, por todos, R. Bustos Gisbert, «La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47 (2021): 161-98.

⁵¹ Sobre los efectos de los informes del GRECO, véase M. Hernández Ramos, «Organismos internacionales y reformas institucionales de calado constitucional. El GRECO y su potencial influencia en la promoción de la calidad democrática española», citado en M.P. García Rocha, coord., I. González García, dir., *Estado de Derecho y reforma constitucional*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021) 67-104.

Otra de las cuestiones destacables es que, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH no ha reconocido explícitamente el control de convencionalidad, por lo que se cuestiona su carácter vinculante. La figura correlativa en los países europeos que tampoco han reconocido esa naturaleza vinculante es el «efecto de cosa interpretada», entendida como la autoridad que desborda los límites del caso concreto y que es, en realidad, la propia jurisprudencia del TEDH en cuanto intérprete de las disposiciones del CEDH, o la adecuación de las jurisdicciones —y, en general, de los poderes públicos nacionales— a la comprensión que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo.⁵²

Por último, pero no por ello menos importante, el sistema de monitorización de la ejecución de sentencias es muy diferente en ambos sistemas. A diferencia del sistema interamericano, en el que la Corte tiene un papel protagonista, en el sistema convencional europeo la institución encargada de monitorizar el cumplimiento y ejecución de las sentencias es el Comité de Ministros (art. 46.2 CEDH⁵³), pero, dada la evolución en la naturaleza de las sentencias del TEDH, más centradas en el establecimiento de medidas generales de reparación, el TEDH ha hecho acto de presencia en el procedimiento de ejecución (art. 46.4 CEDH⁵⁴).

El Comité de Ministros es un órgano intergubernamental y brazo ejecutivo del Consejo de Europa que, a partir de la aprobación del Protocolo N.º 11 del CEDH, ha asumido un papel clave en el funcionamiento del sistema convencional. Con el Protocolo N.º 14 se han introducido dos nuevos mecanismos que le permitirán interactuar directamente con el TEDH en la supervisión de sentencias cuando se planteen dificultades de interpretación de las medidas de reparación exigidas o dificultades concretas y persistentes en el cumplimiento de las mismas (arts. 46.3-5 CEDH).

⁵² E. Ferrer Mac-Gregor y A. Queralt Jiménez, *El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo. ¿Dos caras de una misma moneda?*, en J. García Roca y E. Carmona Cuenca, coords., *¿Hacia una globalización de los derechos? Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, (Cizur Menor: Aranzadi, 2017) 99; A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución española*, (Madrid: CGPJ, 1999).

⁵³ Art. 46.2 CEDH: «La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución».

⁵⁴ Art. 46.4 CEDH: «Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1».

La principal característica de este procedimiento de supervisión de la ejecución es su naturaleza política, intergubernamental y diplomática. No se trata, por tanto, de un procedimiento judicial de ejecución, a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano. En el Comité de Ministros están presentes los embajadores representantes permanentes de los 46 Estados miembros ante el Consejo de Europa, aunque también pueden acudir ministros de asuntos exteriores o de otros ramos.

A partir de 2010, el procedimiento de monitorización se estructura con base en un criterio de prioridad y se han creado dos procedimientos distintos de supervisión cuya aplicación depende el tratamiento que merezca el asunto: ordinaria y reforzada. Es el denominado *twin track supervisión system*. En principio, los casos sujetos a supervisión reforzada (*enhanced*) son, en primer lugar, aquellos que requieren la adopción de medidas individuales urgentes; en segundo lugar, las sentencias piloto, que ponen en evidencia problemas importantes estructurales o complejos a juicio del Tribunal o del CM; y, por último, todas las sentencias dictadas en casos interestatales. El procedimiento de supervisión ordinaria se aplica al resto de las sentencias.

El Estado condenado debe presentar un informe de ejecución (*action report*), cuando considera que ya ha adoptado todas las medidas necesarias para ejecutar la sentencia o un plan de acción (*action plan*), cuando todavía está en proceso de identificación las medidas de ejecución exigibles y pendientes. El Estado dispone de un plazo máximo de seis meses desde la firmeza de la sentencia. Si pasado el plazo, el Estado no ha presentado ni el plan de acción ni el informe de ejecución, la cuestión se eleva al Comité de Ministros para que adopte las medidas necesarias, proponiéndose entonces la aplicación del procedimiento reforzado. Todos los planes de acción e informes de ejecución son objeto de publicación en la *web* a menos que el Comité de Ministros decida lo contrario. Cuando el Estado presenta su informe de ejecución final solicitando el archivo de la supervisión, se inicia un plazo de seis meses en el que los demás Estados podrán formular preguntas o comentarios. El servicio de ejecución estudiará el informe final y, si considera que es suficiente, presentará un proyecto de resolución final al CM. Si el CM considera que se han cumplido todas las medidas de ejecución exigibles, adoptará una resolución final, cerrando así la supervisión de la ejecución de la sentencia.⁵⁵

⁵⁵ «Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights», Council of Europe Portal, <<https://www.coe.int/en/web/execution>>.

VI. A MODO DE CIERRE

Los procesos de integración europea tienen un carácter federal que afecta de manera importante a las instituciones encargadas de garantizar el disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a saber, los órganos jurisdiccionales. Donde durante años hubo silencio, en las últimas décadas en Europa se ha incrementado la cacofonía. La ampliación del espectro de la UE hacia una unión más social y política ha supuesto que se incrementen los ejemplos de inseguridad jurídica, entendida está a la luz el principio de jerarquía y de quién ostenta la última palabra en materia de protección de derechos o de reconocimiento del ejercicio de una competencia. A pesar de estos problemas, en la actualidad se han asentado dinámicas y herramientas para que las fricciones y roces que puedan surgir entre instancias jurisdiccionales de diferentes órdenes sean reconducidas rápidamente a espacios de coordinación, cooperación y entendimiento. Como ya se ha señalado, en este ejercicio ha cobrado mucha importancia la figura del diálogo entre tribunales,⁵⁶ a veces muy criticado por su limitado alcance para solucionar conflictos. Por eso, me gustaría cerrar estas páginas destacando la importancia que para este proceso federal de integración política y de protección de los derechos humanos tiene la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta adhesión, ambicionada durante décadas, conseguirá someter en materia de derechos humanos a todos los tribunales nacionales y al TJUE al TEDH, estableciendo unos estándares de protección claros al concederle la última palabra. Aunque los efectos positivos de esta adhesión se extienden a todas las dimensiones donde los derechos humanos están presentes,⁵⁷ para la labor jurisdiccional aquellos beneficios serán indudables, pues posibilitará una mayor claridad en la distribución competencial en materia de protección de derechos humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Bustos Gisbert, R. «La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47 (2021): 161-198.

«Committee of Ministers». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/cm/home?desktop=true>>.

Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/portal>>.

⁵⁶ Gisbert, *XV proposiciones generales para una teoría de diálogos judiciales*, 13-63.

⁵⁷ García Roca y Bustos Gisbert, coords., *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, 141-176.

D. Sarmiento. *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

«Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights». Council of Europe Portal. <<https://www.coe.int/en/web/execution>>.

European Court of Human Rights, *European Convention on Human Rights*. France: Council of Europe. <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf>.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Queralt Jiménez, A. *El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo. ¿Dos caras de una misma moneda?* En J. García Roca y E. Carmona Cuenca, coords. *¿Hacia una globalización de los derechos? Impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

García Roca, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas, 2010.

«Group of States against Corruption: Welcome to the GRECO website». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/greco>>.

Hernández Ramos, M. *El fortalecimiento de la Europa de los derechos mediante la adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio*. Citado en J. García Roca y R. Bustos Gisbert, coords., *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Hernández Ramos, M. «Organismos internacionales y reformas institucionales de calado constitucional. El GRECO y su potencial influencia en la promoción de la calidad democrática española». Citado en M.P. García Rocha, coord., I. González García, dir. *Estado de Derecho y reforma constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

«Historia de la UE». Unión Europea. <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_es>.

«Human Rights and Biomedicine: Oviedo Convention and its Protocols». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>>.

«Istanbul Convention, Action against violence against women and domestic violence». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention>>.

«Protection des données: Convention 108 and Protocols». Council of Europe. <<https://www.coe.int/es/web/data-protection/convention108-and-protocol>>.

Saiz Arnaiz, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el art. 10.2 de la Constitución española*. Madrid: CGPJ, 1999.

«The European Social Charter». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>>.

«The Budapest Convention (ETS No. 185) and its Protocols. Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>>.

«Treaty Office: Complete list of the Council of Europe's treaties». Council of Europe. <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>>.

Unión Europea. <https://european-union.europa.eu/index_es>.

«Unión Económica y Monetaria». Banco Central Europeo. <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/history/emu/html/index.es.html>>.

«Venice Commission». Council of Europe. <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/>>.

Capítulo 4

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, ¿SIRVE DE EJEMPLO PARA MÉXICO?

José Julio Fernández Rodríguez*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DESCRIPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. III. UN RÁPIDO BALANCE. IV. LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO. V. ¿QUÉ HAY DE UTILIDAD COMPARADA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA PARA EL CASO DE MÉXICO? VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Hace décadas que la jurisdicción constitucional se convirtió en uno de los elementos que conforman un sistema democrático. Y ello a pesar de no haberse librado definitivamente de algunas críticas relativas, sobre todo, a su legitimidad y politización. La democracia es un sistema de control continuo del poder articulado a través de distintos mecanismos que, en todo caso, parten de la participación ciudadana. Así las cosas, la jurisdicción constitucional coadyuva de manera relevante a estos procesos de control desde la lógica de la protección de supremacía de la constitución.

La constitución, norma jurídica fundamental y fundamentadora, objetiva la soberanía y regula los aspectos esenciales del poder y de la sociedad. La primera función la lleva a cabo a través del equilibrio entre poderes y la segunda mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales. Así las cosas, la dogmática jurídica pergeñó el control de constitucionalidad para salvaguardar la supremacía de esa norma cualitativamente distinta, que generalmente es la base del sistema democrático. De esta forma, se construye una jurisdicción específica, la constitucional, normalmente a cargo de un órgano *ad hoc*,

* Universidad de Santiago de Compostela, España (josejul.fernandez@usc.es).

que ostenta competencias sobre una serie de procesos característicos delimitados diacrónicamente (el citado control de constitucionalidad, la garantía extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder horizontal y vertical). En su calidad de jurisdicción, se trata de una actividad llevada a cabo por un órgano independiente, basada en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción, que supone juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.¹ Esta naturaleza propia de una jurisdicción no impide que también presente una marcada vertiente política. De hecho, su dinámica práctica es de suma relevancia para entender el funcionamiento de cualquier sistema jurídico-político.

La evolución y las circunstancias sociopolíticas determinaron la hibridación y circulación del modelo de jurisdicción constitucional (o de los dos modelos canónicos y un tanto artificiales: el difuso o norteamericano y el concentrado o europeo),² dando lugar a una variedad de situaciones que, pese a las diversas clasificaciones que pueden realizarse, preservan elementos nucleares que permiten hablar de la misma categoría. Así, hemos dicho que la «jurisdicción constitucional es un género común dentro del cual existen diversas especies, que se construyen en función de la variable que queramos utilizar» (control abstracto o concreto, control *a priori* o *a posteriori* con relación a la entrada en vigor de la ley, efectos generales o particulares de la declaración de inconstitucionalidad, examen del texto de la ley fiscalizada o examen de su aplicación en un litigio, etcétera).³

Al mismo tiempo, el derecho comparado también muestra que la aparición de los tribunales constitucionales se ha conectado con la apertura de nuevos regímenes de libertad una vez superadas las experiencias autoritarias

¹ José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea*, (Madrid: Tecnos, 2007).

² Entre los numerosos trabajos publicados sobre los sistemas o modelos de justicia constitucional, citamos ahora a Lucio Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, (Turín: Giappichelli, 1998). Una visión que también recoge la influencia creciente de esta institución en Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans la monde*, (París: Dalloz, 1996). Un clásico estudio desde la óptica europea es el de Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, (París: Presses Universitaires de France, 1996). Sobre la progresiva convergencia de los sistemas: Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional: una visión de Derecho Comparado*, t. I, (Madrid: Dykinson, 2009). Sobre América Latina: Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional: una visión de Derecho Comparado*, t. III, (Madrid: Dykinson, 2009). Un recorrido por gran diversidad de cuestiones relacionadas con nuestro tema puede verse en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, cuatro tomos, (Ciudad de México: Porrúa, 2003).

³ José Julio Fernández Rodríguez, *El Tribunal Constitucional: supremo intérprete de la Constitución*, en J.M. Reniu, ed., *Sistema político español*, (Barcelona: Huygens, 2018) 112.

previas (Alemania, España, Italia, países de Europa del Este).⁴ De esta forma, desempeñaron un papel esencial en la consolidación democrática de unas sociedades en transición, sociedades que vieron en los mecanismos de control de constitucionalidad una oportunidad para coadyuvar a tal consolidación. Estos procesos vinculan a la democracia con la jurisdicción constitucional, a la que también se recurre como un elemento simbólico frente a la arbitrariedad del poder público autoritario vigente antes de su instauración.

Pues bien, la vigente Constitución española de 1978 acoge un modelo de jurisdicción constitucional concentrado en el denominado Tribunal Constitucional, inspirado sobre todo en los ejemplos de Alemania e Italia, que puede tener utilidad fuera de sus fronteras desde una lógica comparatista.⁵ Analizaremos ahora brevemente su regulación para comenzar un *iter* que nos llevará después a una visión de crítica constructiva del derecho público mexicano y a sopesar la viabilidad del ejemplo español en la jurisdicción constitucional mexicana.

⁴ Sin entrar ahora en el interesante tema de la hibridación y circulación de los modelos, y desde una óptica pedagógica, podemos indicar que la institución de Tribunal Constitucional tuvo un destacado éxito al expandirse por el derecho comparado en diversas etapas. Así, una primera etapa se sitúa en el período de entreguerras del siglo XX con la aparición de los tribunales checoslovaco (1920), austríaco (1920) y el español de la Segunda República (1931). En 1921 aparece el Tribunal de Liechtenstein, que ha funcionado de manera ininterrumpida hasta hoy, lo que constituye, en este sentido, un hito histórico. La siguiente se localiza tras la Segunda Guerra Mundial y afecta a Austria (otra vez, 1945), Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y, en cierto modo, Francia (1959). La tercera etapa transcurre en los años setenta y principios de los ochenta del siglo XX con la creación de los tribunales constitucionales portugués (1976), español (1978) y belga (1983), y, en cierto modo, el Tribunal Especial Superior griego (1975). En la cuarta etapa, la justicia constitucional se desarrolla en los países de Europa central y oriental que habían pertenecido al bloque del Este: con el precedente de Polonia (1985), tiene su inicio tras la caída del Muro de Berlín en 1989 y llega a mitad de los noventa. Los tribunales de Europa del Este se han construido siguiendo el ejemplo ofrecido por sus homólogos occidentales. Fuera de Europa, la figura también ha sido exitosa, tanto en América Latina (por ejemplo, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú), como en Asia (Corea del Sur, Tailandia) y en África (la influencia francesa ha provocado la aparición de un *conseil constitutionnel* en Argelia, Marruecos, Mauritania y Túnez).

También el modelo norteamericano de control se replicará, aunque con menos éxito, en otros países, como Argentina, Australia, Canadá, Dinamarca, Irlanda, Japón, Suiza o Noruega. Asimismo, existen modelos mixtos, como Brasil, Chipre, Malta, México o Portugal.

⁵ Aunque algo diremos más abajo sobre el método comparado, recordamos ahora las palabras de Biscaretti di Ruffia cuando entiende que la investigación comparativa conduce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones del ordenamiento nacional. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996) 80.

II. DESCRIPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Con base en uno de nuestros trabajos citados, realizaremos una descripción situacional del actual Tribunal Constitucional español que sea útil para desarrollar los puntos posteriores de este trabajo.⁶ El precedente del órgano actual fue el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española previsto en el art. 121 de la Constitución de 1931. Tras la Guerra Civil (1936-1939), se inició un período autoritario que terminó en 1975 con la muerte del general Franco. En ese momento, comenzó la transición a un sistema democrático que se ha prolongado hasta nuestros días y que pivota sobre la citada Constitución de 1978. El título IX del texto constitucional intitulado «Del Tribunal Constitucional», regula en siete artículos (159-165) los aspectos nucleares de ese órgano. Para su desarrollo, se aprobó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Con el objeto de subrayar su posición de supremo garante de la carta magna, se afirma que solo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1.1 de tal Ley Orgánica).⁷

Por lo que respecta a su **naturaleza**, el Tribunal Constitucional español es el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional de manera exclusiva en nuestro país. De este modo, monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de la ley y es el intérprete supremo de la Constitución. Hay otros intérpretes de la carta magna, pero la última palabra le corresponde al Tribunal Constitucional. Así las cosas, los jueces y tribunales ordinarios tienen que interpretar y aplicar las normas de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial). Los jueces ordinarios podrán ser jueces de la constitucionalidad (en la medida en que interpretan constitucionalmente la ley o plantean cuestiones de constitucionalidad), pero no serán jueces de la inconstitucionalidad de la ley, atribución que corresponde al Tribunal Constitucional, habida cuenta el monopolio de rechazo que ostenta.

El Tribunal Constitucional español es un órgano independiente, único en su orden, y con jurisdicción en todo el país. Esto significa que no hay ningún otro órgano por encima de él (aunque tampoco por debajo, en sentido estrictamente procesal). No integra el Poder Judicial, aunque sí ejerce, como se ha

⁶ Fernández Rodríguez, *El Tribunal Constitucional: supremo intérprete de la Constitución*, 112 y ss.

⁷ Para ampliar estas cuestiones puede consultarse a José Ángel Marín, *La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, (Barcelona: Ariel, 1998); Pablo Pérez Tremps, *Sistema de justicia constitucional*, (Madrid: Civitas, 2010).

dicho, una función jurisdiccional. De todos modos, el hecho de formar parte o no del Poder Judicial no constituye una característica determinante de la jurisdicción constitucional.

Por lo que hace a su **composición y estatuto jurídico**, el Tribunal Constitucional está compuesto por doce magistrados (art. 159.1 de la Constitución) nombrados por el rey a propuesta de ciertos órganos: cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, por mayoría de tres quintos de sus integrantes; cuatro a propuesta del Senado, con la misma mayoría; dos a propuesta del Gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Como vemos, el constituyente fue poco «hábil» al establecer un número par, distribución que genera una presión innecesaria sobre el presidente en la medida en que ejerce voto de calidad en caso de empate. El nombramiento es por un período de nueve años (art. 159.3). El rey desempeña aquí un papel formal acorde con su posición simbólica e institucional en el sistema: debe nombrar a aquellas personas que señalan los órganos proponentes. Además, para evitar cambios abruptos y/o disfuncionales, la renovación se produce por terceras partes cada tres años. Lo que se busca con este sistema es la continuidad de la institución. Se prevé, igualmente, la irrelegibilidad inmediata, es decir, si se deja transcurrir un período, un exmagistrado podría ser elegido de nuevo.⁸

Para ser elegido magistrado constitucional se exige, por un lado, que el candidato sea magistrado o fiscal, profesor de universidad, funcionario público o abogado; y, por otro, que quede acreditado que se trata de un jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Su estatuto jurídico protege su independencia e inamovilidad, al tiempo que establece una serie de incompatibilidades. La carta magna dispone, en ese sentido, que la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible «con todo mandato representativo, con los cargos políticos o adminis-

⁸ Esta forma de nombramiento, que procede en gran parte de órganos políticos, puede acentuar el permanente riesgo de politización del Tribunal. Para conjurar ese riesgo, se han articulado ciertas protecciones. En este sentido, ya hemos citado la exigencia de mayorías calificadas en los órganos proponentes, el largo período de duración del mandato de magistrado, la renovación parcial y la irrelegibilidad inmediata. La precaución que podrían representar las mayorías calificadas pierde virtualidad con la práctica de las cuotas entre partidos, que provoca que existan cupos en función de la posición política del partido en las cámaras. En los cupos, los partidos eligen a sus propios candidatos. Se trata de una especie de reparto que desactiva la lógica del consenso. Al margen de esto, también funciona como freno el estatuto jurídico que sujeta a sus magistrados y la cualificación que se les exige. En el fondo, la clave será la sólida formación del juez constitucional, formación que le permitirá mantener su independencia y le asegurará el conocimiento de elevadas exigencias de las responsabilidades que asume.

trativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil» (art. 159.4). También prevé para ellos las incompatibilidades propias de los integrantes del Poder Judicial.

El presidente del Tribunal Constitucional es nombrado igualmente por el rey «a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años» (art. 160). Es decir, son los propios magistrados quienes eligen a su presidente, y el rey no puede dejar de nombrar al que le proponen. Para lograr un funcionamiento eficaz, el Tribunal se organiza en el pleno (integrado por todos los magistrados, esto es, doce), dos salas (de seis magistrados cada una) y cuatro secciones (de tres magistrados).

También tiene interés hacer referencia al **parámetro de control**: en principio, el Tribunal Constitucional tiene como parámetro de referencia en el ejercicio de sus funciones la propia carta magna. Su contenido es el que servirá al Tribunal para decidir si una disposición legal es constitucional o no, o si un acto resulta lesivo para los derechos fundamentales que reconoce la propia carta magna. Sin embargo, a veces sucede que la Constitución no es suficiente como referencia en la labor del tribunal. Por ello, la propia normativa permite cierta extensión de ese parámetro. Así, para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, «el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas» (art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional). En esta línea, en España se introdujo el concepto de «bloque de constitucionalidad» para referirse a este parámetro extendido en el ámbito de las competencias territoriales autonómicas. Se trata de un concepto doctrinal que proviene de Francia, aunque en España solo se usó respecto al Estado autonómico.⁹

⁹ Una cuestión diferente a la que estamos planteando es la previsión del art. 10 de la Constitución española: la interpretación de las normas constitucionales de derechos fundamentales se realizará de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. Estos no se convierten en un canon de referencia en sentido estricto, pero sí en una guía interpretativa del título I de la carta magna. Esta previsión también ha llevado a dotar de valor interpretativo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que incluso ha provocado cambios en alguna línea jurisprudencial española (por ejemplo, el secreto de las comunicaciones telefónicas o la ampliación del derecho a la intimidad a los daños ocasionados por ruidos).

Con relación al tema de las competencias, siguiendo la configuración tradicional de este tipo de órganos, las competencias nucleares del Tribunal Constitucional de España se centran en tres ámbitos:

- El control de constitucionalidad de las leyes: el TC analiza la adecuación a la Constitución de las leyes y normas con rango de ley del Estado y de las comunidades autónomas. Se trata aquí de garantizar el principio de supremacía constitucional, que no puede tolerar que normas inferiores contradigan a la carta magna. En España, este control de la ley se ejerce a través dos vías: el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad. El recurso de inconstitucionalidad es una acción abstracta y objetiva con legitimación activa restringida (al presidente del Gobierno, al defensor del pueblo, a cincuenta diputados, y a cincuenta senadores, y a los parlamentos y ejecutivos autonómicos) y sometido a un plazo general de presentación de tres meses desde la publicación de la ley impugnada (aunque existe un plazo especial de nueve meses). La otra vía para el control de la ley, como hemos dicho, es la cuestión de inconstitucionalidad. Se trata de una acción concreta, incidental, referida a un caso real que se sustancia en un órgano judicial ordinario que considere, en el marco de un proceso que está tramitando, que una norma con rango de ley aplicable a ese caso y de cuya validez dependa el fallo es contraria a la Constitución. Por ello, ese órgano judicial planteará la «cuestión» ante el Tribunal Constitucional, o sea, eleva esa duda para que dicho tribunal la resuelva. El proceso judicial ordinario se suspende hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.
- El recurso de amparo: esta acción procede por la violación de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la carta magna, además del derecho a la objeción de conciencia del art. 30. Este recurso se orienta a la tutela de derechos subjetivos de un modo extraordinario, pues la garantía primaria de los mismos corresponde a los jueces ordinarios. Con la interposición del recurso de amparo se trata de anular la resolución o acto del poder público que haya violado los derechos protegidos. Están legitimados para interponer tal recurso «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal» (art. 162.1.b CE).¹⁰

¹⁰ La presentación de miles de recursos de amparo ha sido un obstáculo para el normal funcionamiento del Tribunal. Más del 90 % de su actividad se dedica esta competencia. Semejante situación motivo una destacada reforma en el año 2007 que, entre otras cosas,

- Los conflictos constitucionales: existen tres tipos de conflictos constitucionales de competencia que resuelve el Tribunal Constitucional español; los conflictos de competencias (entre el Estado y las comunidades autónomas, o entre estas), los conflictos de atribuciones (entre órganos constitucionales) y los conflictos en defensa de la autonomía local (contra leyes estatales o autonómicas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada). La conflictividad competencial ha sido elevada entre el Estado y las comunidades autónomas, en gran parte por el confuso sistema de reparto de competencias que quedó abierto en el texto constitucional por falta de consenso sobre la cuestión. En este sentido, hay que tener en cuenta que también muchos recursos de inconstitucionalidad han tenido una vertiente competencial, pues se plantearon contra la ley que otorgaba la competencia controvertida.
- Otras competencias: al margen de las tres grandes competencias indicadas, el Tribunal Constitucional tiene encomendadas otras como el control de tratados internacionales, el control previo de inconstitucionalidad de los proyectos de estatuto de autonomía y las propuestas de reforma de los mismos, las impugnaciones del art. 161.2 de la Constitución, o la verificación del nombramiento de sus magistrados.

Los tribunales constitucionales dictan diversos tipos de **resoluciones**. En España, se denominan sentencias, autos y providencias, además de declaraciones. La más importante es la primera de ellas, dado que la decisión que cierra un proceso constitucional adopta la forma de sentencia. Las sentencias que dicta el Constitucional tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación, por lo que no cabe recurso alguno contra ellas (art. 164 de la carta magna). Además, vincularán a todos los poderes públicos. Si la sentencia declara inconstitucional una ley, tendrá plenos efectos frente a todos (eficacia *erga omnes*), y no solo frente a los que han sido parte en el proceso. Esta es una clara diferencia entre las consecuencias de una sentencia de un juez ordinario y una sentencia constitucional: en los supuestos de estimación

objetivó el recurso de amparo a través de la modificación de los requisitos de admisión. De esta forma, es necesario que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional» (art. 50.1.b Ley Orgánica 2/1979). La especial trascendencia constitucional se apreciará atendiendo a tres criterios: la importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esta previsión ha endurecido todavía más la admisión de los amparos. De hecho, la inadmisión supera el 95 %.

de la inconstitucionalidad parece colocarse en la posición de la ley eliminada habida cuenta tales efectos generales. La declaración de inconstitucionalidad comporta la nulidad de los preceptos objeto de la misma.

En contraste, en la sentencia en un recurso de amparo, si es estimado, el fallo puede declarar la nulidad del acto lesivo del derecho, precisando la extensión de sus efectos. Además, reconocerá el derecho y/o restablecerá al particular en la integridad del mismo. Esto significa que no tiene efectos generales, sino *inter partes*.

A su vez, la sentencia recaída a un conflicto de competencias positivo determinará quién es el órgano competente y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, la resolución o los actos viciados de incompetencia. Si el conflicto es negativo, la sentencia declarará qué administración es competente o fijará un plazo dentro del cual la comunidad autónoma implicada deberá ejercitar la atribución requerida.

También es relevante la facultad que tienen los magistrados de emitir un voto particular en el que manifiesten su opinión discrepante de la mayoría, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación, de manera tal que dicho voto se incorporará a la resolución y se publica con la misma.

En 2015 se atribuyeron al TC facultades de supervisión de la ejecución de sus resoluciones. Se creó, de este modo, un incidente de ejecución para velar por el cumplimiento efectivo de las resoluciones. Esta modificación generó controversia, pues parte de la opinión pública entiende que dicha ejecución debe ser supervisada por los tribunales ordinarios, no por el constitucional. Sin embargo, la noción de jurisdicción supone no solo juzgar, sino también ejecutar lo juzgado, además de que existen supuestos en el derecho comparado que guardan cierta similitud con la previsión introducida en España en 2015 (por ejemplo, Alemania, donde se dice que su Tribunal Constitucional es «dueño de la ejecución»). Sea como fuere, la aplicación de estas facultades debe ser considerada extraordinaria y a petición de otros órganos, no de oficio por parte del tribunal (aunque la aludida reforma le permita actuar de oficio) para reforzar su posición de neutralidad.

III. UN RÁPIDO BALANCE

En una valoración general, cabe afirmar que el trabajo del Tribunal Constitucional español ha sido positivo en la medida, sobre todo, en que ha consolidado el sistema democrático de 1978 y perfilado las garantías y el contenido

de los derechos fundamentales. En este orden de cosas, ha logrado constitucionalizar el ordenamiento jurídico, dado que ha impuesto los contenidos de la carta magna en los distintos sectores del ordenamiento, especialmente en los primeros años de funcionamiento, es decir, a partir de 1981, año en el que fue creado. El cambio que se había producido en el régimen político y la instauración de la supremacía constitucional justificaron la destacada incidencia jurídico-social de su jurisprudencia. Con el transcurso del tiempo, su labor se ha instalado en la normalidad del sistema y ha dejado de tener esa especie de carácter perentorio de la primera época. A través de sus resoluciones, ha fijado una amplia jurisprudencia y ha clarificado el alcance y significado de los principios y disposiciones constitucionales. Esta tarea ha sido fundamental para garantizar la coherencia y la uniformidad en la interpretación y aplicación del sistema constitucional en todo el territorio español.

Sin embargo, esta labor no ha estado exenta de polémicas y controversias que reaparecen de manera periódica. Estas dinámicas no son ajenas al devenir de un Estado democrático, sobre todo por las destacadas consecuencias de las resoluciones de la jurisdicción constitucional y por el permanente riesgo de su politización. No obstante, en alguna ocasión las críticas fueron más graves y se dirigieron a la propia institución y a su legitimidad, no a casos específicos. A ello coadyuvaba el excesivo retraso a la hora de nombrar nuevos magistrados tras agotarse el mandato de los que debían ser sustituidos. Realmente, en España cada vez que se procede a la elección de magistrados hay quien pone en duda la independencia política de los propuestos. Las luchas entre los partidos por imponer sus candidatos han durado a veces años. Por lo tanto, es necesario que los partidos interioricen una sensibilidad constitucional más sólida para que la renovación del Tribunal sea consensuada y transparente para la ciudadanía, y que, al mismo tiempo, desaparezca el disfuncional sistema de cuotas. Debería imponerse el criterio de la cualificación técnico-jurídica y no la cercanía ideológica-partidista del hipotético candidato. El aseguramiento de la legitimidad de la institución no solo remite a su origen y su naturaleza como garante del principio de supremacía constitucional: también se extiende a la elección de las personas adecuadas.

De igual modo, en este balance resulta oportuno recordar las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que han ido reproduciéndose a lo largo del tiempo, sobre todo por las acusaciones del Supremo de extralimitación por parte del Constitucional en alguna de sus sentencias.¹¹

¹¹ El caso más llamativo se produjo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, cuando el Tribunal Supremo solicitó al jefe del Estado su mediación para evitar que el

Teóricamente, puede afirmarse que la supremacía del Constitucional sobre el Supremo se desprende del art. 123.1 de la carta magna, aunque está claro que el Tribunal Constitucional no puede actuar como un juez supremo en cualquier materia ni entrar en el análisis de cuestiones de mera legalidad. Ello explicaría estos «enfados» del Tribunal Supremo.

Por último, hay que tener presente que el trabajo y papel del Tribunal Constitucional ya no puede entenderse exclusivamente en términos domésticos, habida cuenta de la globalización del trabajo de los tribunales y las influencias recíprocas entre ellos. Obviamente, los procesos políticos supranacionales inciden en nuestro ordenamiento. En este sentido, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (del Consejo de Europa) son un referente que se debe tener en cuenta de manera permanente. La jurisprudencia de ambos órganos afecta al protagonismo y la exclusividad que tenían los tribunales constitucionales en el control de la validez de las leyes.

IV. LOS PROBLEMAS DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO

Tras múltiples viajes académicos a México, donde hemos publicado libros y artículos, además de debatir con los colegas de ese país hermano, nos atrevemos a señalar algunos problemas de su derecho público con un espíritu constructivo que permita debatir de manera argumentada sobre las posibles mejoras que podrían ser adoptadas. El elenco que hacemos a continuación es de índole técnico-jurídica, y no sociopolítica, pues el análisis de esta segunda dimensión nos obligaría a adoptar un planteamiento diferente en el que ahora no podemos detenernos.¹²

Consideramos que, desde la óptica indicada, el primer problema es la excesiva **extensión** de su Constitución. Esta característica dificulta su conocimiento para la opinión pública y constituye un obstáculo para que el texto se convierta en una norma jurídica delimitada y coherente. Sin duda, desde

Constitucional invadiera sus competencias. Otra clara manifestación de esta tensión se produjo en enero de 2004, cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo condenó por culpa extracontractual a once magistrados del Constitucional por adoptar, en su opinión, una decisión de inadmisión de un recurso de amparo de manera negligente.

¹² Desde esa perspectiva sociopolítica, habría que referirse a la corrupción, que debilita la confianza en las instituciones; la impunidad ante violaciones de derechos humanos, que socava el Estado de derecho; la debilidad institucional; la desigualdad y la exclusión de personas y grupos; la inseguridad y la violencia, sobre todo la que está ligada al crimen organizado; y los retrasos en la justicia.

el punto de vista epistemológico la técnica legislativa empleada no es una correcta técnica jurídica constitucional, que exige que únicamente se recojan en la norma básica los elementos nucleares de las distintas previsiones. Hecho esto, deberá ser el legislador ordinario (como poder constituido) el que desarrolle tales previsiones, despliegue que continuará en otros niveles para conformar la kelseniana imagen piramidal del ordenamiento jurídico. En cambio, la Constitución de México regula en detalle multitud de cuestiones que deberían estar en manos del legislador o, incluso, del poder normativo administrativo. Los ejemplos que se podrían aportar de preceptos que no responden al lenguaje constitucional propiamente dicho son muchos, entre ellos los arts. 27, 28, 41, 79, 109, o 123. ¡El texto constitucional mexicano plasma incluso las palabras de protesta en su art. 97! La Constitución de 1917 fue un símbolo para el Estado social tanto a nivel nacional como internacional, y lo sigue siendo, pero ello no obsta para calificar su técnica de redacción constitucional como deficiente. Se trata de un problema mayúsculo porque impide que la Constitución cumpla una función pedagógica para construir una sociedad democrática avanzada que deberá buscar otros derroteros y no la prolija explicación vertida en un enorme e intrincado contenido.

En segundo lugar, entendemos que las **excesivas reformas** constitucionales debilitan sobremanera el principio de supremacía constitucional. ¿Cómo va a ser suprema una norma que se reforma más de siete veces al año? En febrero de 2023 se cuentan ya con setecientas sesenta y cuatro 64 modificaciones. El art. 135 persuade poco. Este hiperreformismo incide en el problema antes apuntado sobre la dificultad de que el contenido constitucional llegue efectivamente a la opinión pública y cumpla una función pedagógica. Esta inestabilidad también refleja la tendencia de la clase política a introducir elementos en la carta magna en clave electoral e ideológico-partidista, con lo que tales reformas a veces se sitúan fuera del contexto que debe animar a tales acciones de modificación constitucional.

En tercer lugar, la Suprema Corte quiso ser desde 1994 —y quiere ser en la actualidad— un Tribunal Constitucional. Sin embargo, aún está **a medio camino** de serlo, habida cuenta que todavía conserva competencias propias de los tribunales ordinarios. Cabe hablar, pues, de una confusa hibridación de tribunal constitucional y de alto tribunal de la jurisdicción ordinaria. Entendemos que, en todo sistema público, una adecuada delimitación entre los ámbitos constitucional y legal es importante para su correcta articulación. Tal delimitación, adecuadamente establecida, tiene consecuencias prácticas positivas para el desarrollo y el funcionamiento del sistema, tal y como ya hemos

señalado.¹³ Entre estas consecuencias se encuentra un correcto uso de los criterios hermenéuticos en el método jurídico. En efecto, «los criterios hermenéuticos o interpretativos que se emplean para dilucidar los problemas jurídicos que plantea la materia constitucional presentan unas especificidades propias, que los hace parcialmente diferentes a los utilizados para enfrentarse al resto del ordenamiento jurídico».¹⁴ Por ello, para el aplicador del derecho no es baladí la distinción entre lo constitucional y lo legal, ya que su razonamiento se modula en uno u otro predio. Además, tal delimitación resulta necesaria para cumplir adecuadamente las funciones específicas de interpretación constitucional. Un órgano que confunde su naturaleza, como la Suprema Corte, es, por lo tanto, un obstáculo para la necesaria distinción entre lo constitucional y lo legal que mengua la calidad en la aplicación de la norma básica. En la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de 7 de junio de 2021, se percibe claramente esta extralimitación de la Suprema Corte más allá de las funciones estrictamente constitucionales (competencias del pleno arts. 10 y 11, competencias de las salas art. 21). La doctrina ha reflejado claramente esta situación intersticial.¹⁵

La solución es realizar las oportunas reformas normativas que reviertan esta situación. Una primera opción es retomar a la Suprema Corte como Tribunal de Casación Federal de última instancia y crear un verdadero Tribunal Constitucional. Otra opción puede ser la creación de un Tribunal Federal Superior o una Sala Superior de los Tribunales Colegiados (al modo del Tribunal Fiscal de la Federación, el Tribunal Federal Agrario o el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) que dejaría a la Suprema Corte solo con las competencias directas de constitucionalidad. Así, este Tribunal Federal Superior poseería competencias de atracción, de unificación de la jurisprudencia y de resolución de conflictos de competencia entre tribunales. No obstante, la opción más sencilla tal vez sea crear una sala constitucional dentro de la Suprema Corte que asumiría las materias de estricta constitucionalidad.

¹³ José Julio Fernández Rodríguez, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. El reto competencial*, (Ciudad de México: Porrúa, 2014), 19 y ss.

¹⁴ Fernández Rodríguez, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. El reto competencial*, 30-31.

¹⁵ Por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, (Ciudad de México, Porrúa, 2005), 821 o 865; Giovanni A. Figueroa Mejía, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, (Ciudad de México, Porrúa, 2011), 227.

La exigencia de una **mayoría cualificada de ocho votos** para declarar la inconstitucionalidad es un «error grave»,¹⁶ que identificamos como el cuarto problema en esta enumeración.¹⁷ El art. 105.II de la Constitución mexicana, dedicado a la acción abstracta de inconstitucionalidad, establece en su parte final que «las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos», previsión reiterada en el art. 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución. Encontramos el mismo criterio en los art. 107.II y 105.I de la Constitución, aunque en este último caso los ocho votos se exigen para conseguir «efectos generales» en la invalidación de normas en las controversias, como también hace el art. 42 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución). Estas disposiciones permiten que la minoría prevalezca (cuatro sobre siete, teniendo en cuenta que son once los magistrados que integran la Suprema Corte). Y no solo eso: como el cuórum mínimo es de ocho magistrados, uno de ellos podría vencer a los siete restantes y bloquear así la inconstitucionalidad. Parece que el legislador constitucional y ordinario confunde dos lógicas que, en realidad, son diferentes. Las mayorías cualificadas son mayorías políticas que tratan de reforzar una decisión de esa naturaleza. En cambio, las decisiones jurídicas se basan en la fuerza de sus argumentos, por lo que la mayoría jurídica propiamente dicha solo es la mayoría simple. La presunción de constitucionalidad de las leyes no debe jugar en este asunto, dado que solo procede cuando pueden articularse varias interpretaciones del precepto impugnado. Parece ser que lo que se pretendió fue evitar la politización de la Suprema Corte. Realmente, lo que se ha provocado es precisamente el efecto contrario de deslegitimación y agudización de la politización. Así las cosas, esta previsión provoca que la Suprema Corte semeje más bien una defensora de la ley que la defensora de la constitucionalidad.

¹⁶ Así lo califican Fix-Zamudio y Valencia Carmona en su *Derecho Constitucional mexicano y comparado...*, 889. Por su parte, Joaquín Brage Camazano indica que esta previsión es «uno de los aspectos más criticables de la regulación constitucional», *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, (Ciudad de México: UNAM, 2005) 340.

¹⁷ Hay otros países que también abogan por el establecimiento de mayorías cualificadas para la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Así sucede en Chile (art. 93.7 de su Constitución), Costa Rica (art. 10 de su Constitución), Guatemala (art. 178 de su Ley de Amparo, Exhibición personal y de Constitucionalidad), o la República Dominicana (art. 186 de la Carta Maga y art. 27 de la Ley Orgánica dominicana del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, en donde se establece que «decide por mayoría de nuevo o más votos conformes», de un total de trece magistrados). A nuestro juicio, todos son criticables.

En quinto lugar, señalaremos que existen **ciertas incongruencias** o, cuando menos, oscuridades interpretativas. Así, para anular una ley por la vía de amparo contra leyes no se exige la citada mayoría de ocho votos (art. 78 de la Ley de Amparo, del 2 de abril de 2013). O para anular una ley a través de controversia constitucional con efectos *inter partes* tampoco (interpretando *a contrario sensu* el art. 42 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución mexicana, que exige los ocho votos para conseguir efectos generales). En relación con lo que se ha indicado en el párrafo anterior, estas previsiones generan inseguridad jurídica y muestran poca sistematicidad a la hora de construir el ordenamiento jurídico mexicano.

A mayor abundamiento, otro problema relevante, el sexto, es que existen **dos tribunales constitucionales**, dado que el control de constitucionalidad abstracto lo ejercen tanto la Suprema Corte como el Supremo Tribunal Electoral. Ambos órganos revisan la validez de las leyes (véanse, respectivamente, los arts. 105.2 y 99 de la Constitución de México¹⁸), aunque en este último caso solo cuando tengan naturaleza electoral y con efectos en el caso concreto. Para modular las posibles discrepancias entre ambos órganos, el mentado art. 99 prevé este mecanismo de solución: «Cuando una sala del Tribunal Electoral sustente un criterio sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución, y dicho criterio pueda ser contradictorio con uno sostenido por las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de las ministras y ministros, las salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley, para que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál criterio debe prevalecer». Este mecanismo amortigua los efectos indeseados que pueden producirse, pero no neutraliza la crítica a la existencia dos órganos diferentes con funciones abstractas propias de jurisdicción constitucional.

El **amparo** es una institución demasiado abigarrada, y es el octavo problema que quisiéramos señalar en este elenco. La evolución de esta histórica institución ha ido configurando su estructura compleja, que esconde varios instrumentos procesales. Las funciones del amparo son de lo más diversas: la tutela de la libertad personal (similar al *habeas corpus*), la invalidación de leyes inconstitucionales (el citado antes amparo contra leyes), la impugnación de

¹⁸ El art. 99 dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación».

las sentencias judiciales (amparo casación, civil, penal, administrativo, agrario, laboral), la reclamación contra actos y resoluciones de la administración (sector restringido en los últimos años por la creación de tribunales administrativos) y la protección de los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria (amparo social agrario).¹⁹ La solución a todo sería reformar el amparo y devolverle su naturaleza inicial de garantía específica de derechos a través de un procedimiento simple y ágil. En México se critican los obstáculos de acceso a la justicia para toda la ciudadanía. La complejidad del sistema judicial, los altos costos y las barreras de acceso dificultan que todas las personas puedan ejercer plenamente sus derechos y buscar la protección de la justicia. La simplificación del amparo podría contribuir a solventar estos problemas.

El noveno problema que comentaremos es ciertamente curioso. El sistema de tesis jurisprudencial genera inseguridad jurídica, oculta la verdadera jurisprudencia constitucional y es un caso único en el derecho comparado. Se trata de una figura que nació en un momento en que podía ser de utilidad para los operadores jurídicos, pero que actualmente, con las facilidades que brinda la tecnología digital para acceder y buscar en la jurisprudencia constitucional por extenso, se vuelve negativa. Las «tesis» no dejan de ser un resumen que se hace sin reflejar ciertos contenidos de las sentencias (tanto la *ratio decidendi* como los *obiter dicta*, aunque quizá más estos últimos, lo que causa, si cabe, mayor extrañeza). Es sorprendente que ese resumen sea el texto que más se utiliza en las citas de los operadores jurídicos para construir las argumentaciones, que habitualmente dejan de lado las sentencias en sí, que son las vinculantes y que a veces tiene efectos *erga omnes*, o sea, generales.

La **prisión preventiva oficiosa** (una especie provisional administrativa *sine die*)²⁰ y el arraigo²¹ son figuras claramente contrarias a los estándares asentados de derechos humanos. A pesar de que estén previstas en la Constitución, con-

¹⁹ La doctrina ahonda en esta complejidad Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho Constitucional mexicano y comparado...*, 854 y ss.

²⁰ El segundo párrafo del art. 19 de la Constitución dispone: «El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine

travienen la normativa internacional de derechos humanos que México suscribe y que valida el primer artículo de la propia Constitución. El problema ya ha llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado a México, indicando que debe reformar la carta magna para desechar ambas instituciones, relevantes en las estrategias de seguridad del período presidencial de López Obrador. Concretamente, la Corte IDH ordena suprimir el arraigo y adecuar la prisión preventiva oficiosa a los estándares de derechos humanos. El caso lo originó la demanda presentada por dos hombres que fueron detenidos de forma ilegal, torturados y encarcelados durante diecisiete años sin que se hubiera dictado una sentencia (caso *Daniel García y Reyes Alpizar*).

Por último, y en décimo lugar, haremos referencia al **presidencialismo** excesivo, que dificulta la transparencia del sistema y el equilibrio entre poderes, y ello a pesar de la previsión de no renovación, una oportuna cautela. Como observador externo pero conocedor del funcionamiento interno del sistema mexicano, que la particular forma de gobierno presidencial de México está agotada. Además, con López Obrador el presidencialismo ha adquirido tintes autoritarios. El presidente trata de situarse por encima de cualquier contrapeso, siempre oportuno en democracia, atenuando incluso a la prensa discordante. Así se desactiva una real rendición de cuentas y se prioriza un enfoque polarizador en el discurso político. La separación de poderes que prevé el texto constitucional es más bien ficticia, al tiempo que el culto a la personalidad del presidente dificulta la construcción de una cultura política más participativa.

En fin, los diez problemas comentados deben alentar el debate interno *de lege ferenda* para construir un sistema constitucional más sólido y capaz de afrontar los desafíos del siglo XXI. La actual centuria presenta importantes elementos de complejidad que influyen en el desempeño institucional de todo el sector público. Esto afecta a la calidad de la democracia y favorece la crisis de ciertas formas de gestión de lo público. Por tanto, hoy más que nunca se necesitan sistemas constitucionales técnicamente bien contruidos.

la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud».

²¹ El constitucional art. 16 prevé: «La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpaado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días».

V. ¿QUÉ HAY DE UTILIDAD COMPARADA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA PARA EL CASO DE MÉXICO?

El derecho comparado, como ya dejamos entrever en la introducción (nota 5), cuando se usa correctamente, el derecho comparado es una herramienta muy útil para buscar la mejora del ordenamiento jurídico propio. El derecho comparado puede ofrecer ejemplos para futuras reformas, hacer visibles problemas similares y las soluciones que se han intentado para abordarlos y sopesar las distintas posiciones que se originaron para afrontar tales problemas. El recurso al derecho comparado «no debe ser tomado como fin o meta en sí mismo, sino como medio o instrumento para ilustrar el objeto de estudio».²² Por lo tanto, animados por la anterior señalada comprensión del derecho comparado, en adelante analizaremos si el ejemplo del Tribunal Constitucional español puede ser útil para afrontar algunos de los problemas del derecho mexicano. Concentramos las ideas en cuatro puntos.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional de España puede ser un ejemplo de normativa bien delimitada para construir en México una reforma de la Suprema Corte que, efectivamente, la convierta en un verdadero órgano de jurisdicción constitucional. De este modo, podrían abordarse varios de los problemas apuntados en el epígrafe anterior.

En segundo término, la jurisprudencia del tribunal correccional español también puede ser un ejemplo para la construcción pretoriana de la garantía de la supremacía constitucional y la aplicación directa de, por ejemplo, los derechos fundamentales. Esta jurisprudencia podría desactivar la inestabilidad constitucional mexicana, motivada, ya se ha dicho, por el exceso de reformas, además de avanzar en la consolidación del principio de supremacía constitucional actualmente mal asentado en el país americano debido a la deficitaria técnica en la redacción de su carta magna.

La tercera idea reenvía a los métodos de trabajo constitucional del órgano español, más correctos, transparentes y accesibles que las crípticas «tesis» mexicanas. Las cuestiones metodológicas en el desarrollo del trabajo de un órgano de jurisdicción constitucional son vitales para que este obtenga un plus de legitimidad en el ejercicio de sus funciones, siempre imprescindible en las sociedades actuales, que son más reivindicativas que en el pasado. La Suprema Corte ha sido criticada por la falta de transparencia en sus procesos y

²² José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, Derecho Comparado, el caso español*, (Madrid: Civitas, 1996) 242.

en la adopción de sus decisiones. La opacidad en la designación de ministros, así como en la forma en que se llevan a cabo las deliberaciones y se resuelven los casos genera desconfianza y dificulta la rendición de cuentas. La normativa española y las prácticas que se implementa al otro lado del Atlántico pueden contribuir a limitar e incluso a erradicar tal opacidad.

En cuarto y último lugar, pero no por ello menos importante, el conocimiento de la dinámica constitucional española puede servir también para captar los problemas que han afectado a ese país europeo para no reproducirlos fuera de él. Como hemos dicho, los riesgos de politización y de falta de independencia han sido explícitos en diversos momentos de historia del Tribunal Constitucional español. En México, uno de los problemas más discutidos es la politización de la Suprema Corte. Existen preocupaciones sobre la influencia de intereses políticos en la toma de decisiones judiciales que podrían socavar su imparcialidad. Analizar esta problemática en España puede ayudar a superarla en México.

Como se ve, hemos seleccionado cuatro ideas de amplias ramificaciones que podrían ser útiles en los debates académicos y políticos sobre las posibles reformas a acometer en México. A su vez, esas cuatro ideas encaran de manera directa varios de los delicados problemas de derecho público que hemos diagnosticado en el apartado anterior. La debilidad institucional se afronta con rigor técnico-jurídico y con voluntad de asumir las críticas constructivas, tratando de convertirlas en modificaciones normativas que mejoren la situación actual. En todo caso, el proceso de nombramiento de magistrados constitucionales debe ser riguroso, transparente, basado en el mérito y la capacidad. En España, este proceso es transparente hasta cierto punto y formalmente correcto, pero no siempre resulta riguroso, dado que está muy condicionado por las componendas entre los partidos, cuya actuación no responde al verdadero interés general del sistema público constitucional. En cambio, con respecto a la Suprema Corte mexicana, las críticas que se vierten apuntan a la opacidad en el proceso de selección, la falta de criterios claros y objetivos, la escasa diversidad y la dependencia del Poder Ejecutivo (léase presidente).

VI. CONCLUSIONES

Una jurisdicción constitucional correctamente delimitada e independiente ejerce una labor muy positiva en un sistema democrático. Se trata de una actividad imprescindible para consolidar la garantía de la supremacía constitucional, base del sistema público.

Un tribunal constitucional debe actuar con rigor, ser consciente de las consecuencias de sus acciones y evitar la tentación de exceso en su intervención (es mejor tender a la autolimitación o *self-restraint*). No puede operar como un tribunal de justicia más, dadas las específicas técnicas del ámbito constitucional, dotado de autonomía y exigencias particulares.

El derecho comparado ofrece atractivos ejemplos para solucionar los problemas patrios. Desde esa lógica comparatista, en este trabajo hemos cotejado la regulación y el funcionamiento del Tribunal Constitucional español con la problemática del derecho público mexicano. Ese Tribunal europeo se inserta en la asentada tradición de la jurisdicción constitucional. Se trata de un órgano independiente y ubicado fuera del Poder Judicial que actúa como supremo intérprete de la Constitución a través de unas competencias relevantes. Para conjurar el riesgo de politización, existen diversas previsiones que tratan de asegurar el adecuado cumplimiento de las funciones asumidas. En este sentido, cobra singular importancia la sólida formación del magistrado constitucional y su capacidad para sortear toda clase de presiones. No obstante, el disfuncional sistema de cuotas ha restado eficacia a estas cautelas. En sus más de cuarenta años de historia, el Tribunal Constitucional de España ha desempeñado una fértil labor de defensa del régimen democrático español. Polémicas no han faltado, aunque la controversia, en su justa medida, no debe ser valorada negativamente, sino que ha de ser percibida como un resultado de debate jurídico ordinario. La *prorrogatio* desmesurada de algunos de sus integrantes, cuando no son renovados, es un problema causado por los agentes políticos que no designan a los sucesores, no por el Tribunal. La intervención en las cuestiones territoriales parece inevitable cuando actúan las instancias legitimadas para activar los procesos constitucionales, sobre todo el Gobierno central.

Varios de los problemas del derecho público mexicano que se han expuesto arriba pueden afrontarse con el ejemplo que ofrece el órgano español analizado tanto en el plano de sus previsiones normativas como en el de su funcionamiento. Por ello, animo a las personas lectoras de este artículo a reflexionar sobre las cuestiones analizadas en el texto para contribuir a edificar un sistema democrático más robusto. Caminar por la senda del rigor técnico-jurídico propio del derecho constitucional es una buena opción para lograr la mejora del rendimiento del sistema.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Biscaretti di Ruffia. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Favoreu, Louis. *Les cours constitutionnelles*. París: Presses Universitaires de France, 1996.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de Derecho Comparado*, t. I, Madrid: Dykinson, 2009.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional: una visión de Derecho Comparado*, t. III. Madrid: Dykinson, 2009.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La justicia constitucional europea*. Madrid: Tecnos, 2007.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. El reto competencial*. Ciudad de México: Porrúa, 2014.
- Fernández Rodríguez, José Julio. *El Tribunal Constitucional: supremo intérprete de la Constitución*, en J.M. Reniu, ed., *Sistema político español*, Barcelona: Huygens, 2018.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord. *Derecho Procesal Constitucional*, cuatro tomos. Ciudad de México: Porrúa, 2003.
- Figuerola Mejía, Giovanni A. *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. Ciudad de México, Porrúa, 2011.
- Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. Ciudad de México, Porrúa, 2005.
- Fromont, Michel. *La justice constitutionnelle dans la monde*. París: Dalloz, 1996.
- Marín, José Ángel. *La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Pegoraro, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Turín: Giappichelli, 1998.
- Pérez Tremps. Pablo, *Sistema de justicia constitucional*. Madrid: Civitas, 2010.

Capítulo 5

PERSPECTIVAS GLOBALES DEL FEDERALISMO JUDICIAL EN EL SIGLO XXI

José F. Palomino Manchego*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. LA POSICIÓN DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN LO TOCANTE AL ORGANISMO JUDICIAL MEXICANO. III. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde el punto de vista histórico jurídico-constitucional, la impartición de justicia en el marco del federalismo judicial ha sido uno de los temas más delicados, a diferencia de otros ejes temáticos estudiados dentro de la disciplina jurídica denominada derecho judicial.

Una primera aproximación al Estado federal y al Estado unitario como formas de organización política evidencia que ambos presentan notorias diferencias no solo en la estructura, sino también en el funcionamiento de las instituciones de los modelos estadales.

Dicho de un modo más breve, cada uno de los modelos tiene características diferenciadas que vinculan a las instituciones, ya sea dotándolas de autonomía y competencias o limitándolas. En ese sentido, Ahumada (2019) sostiene que:

El «federalismo judicial» es una forma de organización judicial en la que el poder judicial se distribuye entre tribunales situados en distintos niveles de gobierno. No todos los Estados federales desarrollan un sistema completo de federalismo judicial. Y cuando lo hacen, hay múltiples variantes.

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

A ello podría añadirse que México es un Estado federal definido por su Constitución Política (1917) como Estados Unidos Mexicanos. Respecto al tema que nos convoca, el numeral III del artículo 116 constitucional dispone: «El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las constituciones respectivas». Es decir, las constituciones de los estados que componen la federación mexicana. Por tanto, el Poder Judicial no solo es un poder distribuido, sino también independiente, pero limitado a su jurisdicción y regido por la constitución y las leyes orgánicas del propio estado.

A pesar de las diferencias entre los Estados federados y los Estados unitarios, es un hecho que ambos modelos se caracterizan por la descentralización, aunque pueden diferir en la intensidad con la que esta se implementa.

A diferencia de la república federal de México, la Constitución Política de 1993 del Perú (en adelante CP) dispone lo siguiente en su artículo 43: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes».

El título IV del texto constitucional (artículos 90 a 199) regula la estructura del Estado y plasma la relación jerárquica entre gobernantes y gobernados, orientada al establecimiento y garantía de la coexistencia pacífica a través de las instituciones y las normas jurídicas que rigen la vida en sociedad.

Los artículos 138 a 149 de la CP hacen referencia al Poder Judicial. El artículo 138 dispone:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Por su parte, el artículo 139 de la CP establece, entre otros principios:

- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, a excepción de la militar y la arbitral.
- La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
- La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.
- La pluralidad de la instancia.
- La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados conforme a ley.

Por lo que respecta a su organización, el artículo 143 de la CP establece:

El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.

Aunque el artículo 139 considera como excepciones la justicia militar y la arbitral, las excepciones respecto al ejercicio de la función jurisdiccional son, en realidad, tres. La primera es la de las comunidades campesinas y nativas, respecto a las que el artículo 149 de la CP dispone:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

La segunda es la relacionada con la competencia del fuero privativo militar, regulada por el artículo 173 de la CP en estos términos:

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar.

Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 solo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

La tercera excepción es la que atañe a la justicia arbitral, regulada por el Decreto Legislativo 1071 del año 2008, cuyo artículo 2 precisa las materias susceptibles de arbitraje:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

En palabras de Lovatón:

En el Perú el arbitraje se ha desarrollado fundamentalmente en los ámbitos comercial y patrimonial. Otra esfera en el que el arbitraje se ha desarrollado ha sido en las relaciones colectivas de trabajo, esto es, en la solución final de reclamos laborales o sindicales que no pudieron ser resueltos por las propias partes mediante un convenio colectivo.

Finalmente, las contrataciones y licitaciones con el Estado son otra de las áreas en la que se ha introducido el mecanismo del arbitraje.

Como puede colegirse de la lectura de los preceptos constitucionales arriba citados, la administración de justicia en el Perú es unitaria y exclusiva, con las tres excepciones anotadas.

El capítulo XIV de la CP desarrolla la descentralización, y su artículo 188 señala que esta «es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país».

En su último párrafo, el precepto prevé que solamente se descentralizarán: «Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos, así como el presupuesto». Por tanto, no contempla la descentralización de la función jurisdiccional. Seguidamente, el artículo 189 de la CP prescribe:

El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.

El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.

Estas disposiciones evidencian que en el Perú existen el Gobierno nacional y los gobiernos subnacionales conformados por los gobiernos regionales y los gobiernos locales provinciales y distritales

Si bien la Constitución concede a los gobiernos subnacionales autonomía política, económica y administrativa, esta se desarrolla exclusivamente en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo establecido en sus respectivas leyes orgánicas.

La propia CP (artículo 192) establece: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo». Por su parte, el artículo 194 dispone:

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

Por su parte, el artículo 195 de la CP añade: «Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo». Queda, por tanto, descartada toda posibilidad de que los gobiernos subnacionales tengan competencias jurisdiccionales.

En el mismo sentido, la Ley n.º 27867 (2002), Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisa en su artículo 5:

La misión de los gobiernos regionales es organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, en el marco de las políticas nacionales y sectoriales, para contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región.

El artículo 10 de la misma ley desarrolla las competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución y la Ley de Bases de la Descentralización. Por lo que hace a las competencias compartidas, el precepto hace referencia a la educación, la salud y las actividades económicas, entre otras áreas, y no alude en modo alguno a la función jurisdiccional.

Por otro lado, el artículo I de la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, define a los gobiernos locales en estos términos:

[...] entidades, básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización.

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

La Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del año 2007, en su artículo V, referido a los principios de organización e integración, precisa tres aspectos que merecen ser destacados en relación con el tema que tratamos:

1. La organización jerarquizada y desconcentrada de las entidades del Poder Ejecutivo, puntualizando que deben evitarse la duplicidad y superposición de funciones.
2. La coordinación y cooperación con los gobiernos subnacionales.

3. La relación con los otros poderes del Estado y organismos autónomos.

El artículo arriba reproducido suministra una información diáfana sobre la clara delimitación estructural y funcional de las entidades del Poder Ejecutivo y de su forma de relacionarse con los demás órganos y poderes estatales que no forman parte de él. Esto quiere decir que, salvo en el Poder Judicial, en ningún otro órgano estatal existe o se ejerce la función jurisdiccional, con las excepciones antes señaladas y que, como hemos visto, se refieren a ámbitos muy especializados.

Klauer sostiene que las sucesivas constituciones peruanas han aludido indistintamente a nación, gobierno y Estado al referirse a la unidad, cuestionando este término con base en el carácter «multinacional» de nuestro país y en el hecho de que «en múltiples ocasiones ha habido gobiernos paralelos. Y, finalmente, por lo menos en una ocasión, no ha habido Estado unitario».

Al distinguir el unitarismo y el federalismo en la historia del Perú, el autor afirma que el primero constituye un «centralismo suicida y de pobreza y atraso inaudito», y más adelante agrega:

La hasta ahora frustrada idea de hacer del Perú una República Federal es tan vieja como la República misma. En efecto, se debatió en el primer Congreso del Perú, en 1822, cuando todavía no se habían librado las batallas de Junín y Ayacucho que sellaron la independencia del Perú. Dice Basadre que «el Congreso rechazó en su sesión de 26 de noviembre de 1822 la proposición de Sánchez Carrión para que fuera implantado el régimen federal de gobierno».

Con estos planteamientos, a los que hay que añadir hechos y argumentos de orden histórico que remiten al Imperio Wari, pasando por la desaparecida Confederación Perú-Boliviana, Klauer propone convertir al Perú en una república federal, ya que considera que el proceso de descentralización no permite que las regiones disfruten de sus propios recursos.

Semejante propuesta ha sido rebatida por el Estado cuando las regiones, a través de movilizaciones, han exigido que lo recaudado por la explotación de los recursos sea destinado y administrado por las autoridades de las respectivas regiones, reclamo que los sucesivos gobiernos se han negado a aceptar.

Todo lo anteriormente expuesto permite concluir que la figura del Estado unitario es, en realidad, la del gobierno unitario, en el que el poder central acapara la recaudación resultante de la explotación de los recursos de las regiones y, utilizando la descentralización como mecanismo de reparto, distribuye el presupuesto de una manera discrecional, con el resultado frecuente

de que las regiones que disponen de los mayores y mejores recursos naturales reciben menos que otras.

Probablemente, la forma actual de distribución de recursos se deba a que el Perú es un país exportador de materias primas, esto es, y dicho con toda franqueza, un país subdesarrollado y dependiente que, al carecer de industria, tiene una economía inestable y sujeta a los precios del mercado internacional, circunstancia que podría suponer un gran obstáculo para un proyecto federalista.

Cabe agregar que otro factor que dificulta la posibilidad de convertir a Perú en un Estado federal radica en cuestiones de orden cultural que atraviesan todo el tejido político y social, la primera de las cuales son los intereses de orden económico que, eventualmente, se verían afectados y, la segundo, el hecho de que, si bien reclama mayor transparencia y participación en la cosa pública y con mayor razón en la administración de justicia, es necesario un profundo proceso de preparación para comprender y adecuarse al modelo federal.

Decidir la implementación del modelo federal en el caso peruano, significaría, asimismo, replantear el modelo democrático, debido a que ello implica llevar a cabo profundos cambios de orden constitucional y legal y, en consecuencia, radicales modificaciones en las instituciones.

II. LA POSICIÓN DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN LO TOCANTE AL ORGANISMO JUDICIAL MEXICANO

Sin duda alguna, el célebre amparista mexicano Héctor Fix-Zamudio (1924-2021) ha contribuido decididamente al estudio del federalismo judicial en México. En el coloquio sobre el tema «Evolución de la Organización Político-Constitucional de América Latina (1950-1975)», el autor arribó a las siguientes conclusiones:

Primera. En los últimos veinticinco años no se ha observado una evolución dinámica del organismo judicial mexicano en el ámbito nacional, pero todavía menos en las entidades federativas.

Segunda. Las reformas constitucionales de 1951 y 1968 tuvieron como propósito esencial terminar con el rezago de los tribunales en la materia de amparo —y, en particular, el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación—. En esta última se ha logrado aquella finalidad, pero en los otros tribunales federales solo se ha conseguido parcialmente.

Tercera. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una labor importante en la interpretación del ordenamiento jurídico del país, — particularmente como tribunal de casación a través del juicio de amparo contra sentencias judiciales—, pero su función como intérprete máximo de la Constitución federal no tiene una trascendencia equiparable a la de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos o los tribunales constitucionales de varios países europeos por dos razones esenciales:

En primer lugar, por la sobrecarga que supone la labor casacionista y la imposibilidad de elegir discrecionalmente los asuntos que debe conocer. A partir de 1968, únicamente en materia administrativa y a través del juicio de amparo se le han atribuido estas facultades discrecionales en un ámbito limitado.

En segundo término, porque para adaptar el texto constitucional a las cambiantes y dinámicas condiciones sociales, políticas y económicas, en México se ha optado por el camino, en apariencia, más sencillo, pero que menoscaba el prestigio de la Constitución federal: reformar constantemente el texto constitucional, mecanismo al que desde 1917 se ha recurrido en más de 200 ocasiones y que priva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la posibilidad de interpretar evolutivamente las disposiciones fundamentales.

Cuarta. Todo lo expuesto sugiere que es necesario realizar estudios más profundos y de conjunto, incluso de carácter *pluridisciplinario* para llevar a cabo un análisis de la situación actual del organismo judicial tanto nacional como local de nuestro país que nos permita formular las proposiciones fundamentales —y no puramente circunstanciales— que conduzcan a una verdadera reforma judicial, que desde hace tiempo se considera indispensable.¹

III. BIBLIOGRAFÍA

Ahumada, M. *El federalismo judicial*. Fundación Manuel Jiménez Abad, 2019. <<https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/el-federalismo-judicial>>.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: *Diario Oficial de la Federación*, 2021.

¹ Héctor, Fix-Zamudio, *México: el Organismo Judicial (1950-1975)*, citado en G. Gil-Valdivia y J. Chávez Tapia, *Evolución de la Organización Político Constitucional en América Latina (1950-1975)*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978) 46-47.

Congreso de la República del Perú. Ley n.º 27867. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Lima: Diario Oficial *El Peruano*, 2002.

—, Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Lima: Diario Oficial *El Peruano*, 2003.

—, Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Lima: Diario Oficial *El Peruano*, 2007.

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 2008.

Fix-Zamudio, H. *México: el Organismo Judicial (1950-1975)*. En G. Gil-Valdivia y J. Chávez Tapia, *Evolución de la Organización Político Constitucional en América Latina (1950-1975)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

Klauer, A. *La República Federal de los Andes*. 2002. <www.nuevahistoria.com>.

Lovatón, D. *La gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú*. Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (132019): Constitución Política del Perú. Texto actualizado con las reformas ratificadas en el referéndum de 2018, Lima.

SEGUNDA PARTE

EL FEDERALISMO JUDICIAL EN EL MUNDO

Capítulo 6

FEDERALISMO EN ALEMANIA: LAS CORTES Y LAS INSTITUCIONES

Monika Veening*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EVOLUCIÓN POLÍTICA DE ALEMANIA A LO LARGO DE LOS SIGLOS. III. LA REUNIFICACIÓN. IV. LAS ESTRUCTURAS POLÍTICAS ACTUALES DE ALEMANIA. V. DERECHOS BÁSICOS EN LOS TRIBUNALES. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Mi intención al hablar sobre federalismo alemán no es comparativa; mi único propósito es describir cómo comenzó y evolucionó el federalismo en Alemania, y por qué lo considero la forma de gobierno ideal para mi país. Cada pueblo tiene su propia historia, sus necesidades y debe decidir por sí solo cómo desea ser gobernado. Las formas de gobierno de otros países pueden servir de inspiración, pero también como factor disuasorio.

II. LA EVOLUCIÓN POLÍTICA DE ALEMANIA A LO LARGO DE LOS SIGLOS

Comenzaré con un breve recorrido histórico, ya que para entender el federalismo alemán es esencial analizar la historia del país y su desarrollo político a lo largo de los siglos. Si visualizamos un mapa de Alemania en 1378, veremos un mosaico de colores, un mosaico de reinos, ducados, principados, condados, arzobispados, todos ellos con su propio gobierno y su jurisdicción. Estas entidades estaban en guerra permanentemente, conquistando, reconquistando, separándose o uniéndose por matrimonio.¹

* Universidad Albert Ludwig, Friburgo de Brisgovia, Alemania.

¹ *Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, 122.

A diferencia de algunos de nuestros países vecinos, como Francia, al principio no había un poder central, un rey que unificara la organización política estatal. Lo que realmente unió a este país a través de siglos fue —y sigue siendo— la lengua común, ello a pesar de que puede ser hablada de manera muy diferente en los distintos estados federados, ya que los dialectos regionales han sobrevivido.²

El Sacro Imperio Romano, que empezó a formarse en el siglo X y que a partir de finales del siglo XV se denominó más bien Sacro Imperio Romano de las Naciones Alemanas, no cambió la situación. Unió a todos los estados pequeños y grandes bajo su manto, pero no los fusionó en una sola entidad. La independencia de los estados fue preservada. Sus objetivos eran la estabilidad, la tranquilidad y el mantenimiento de la paz entre sus miembros, así como la protección contra ataques externos, pero nunca se intentó crear una nación.

El Sacro Imperio Romano de las Naciones Alemanas se desintegró tras las guerras napoleónicas. El imperio dejó de existir el 6 de agosto de 1806, cuando el emperador Francisco II renunció a la corona imperial.³

Solo surgió un poder más centralizado bajo el mandato del emperador Guillermo I (1872-1888) y su canciller Otto von Bismarck (1871-1890) con la fundación del Imperio Alemán el 1 de enero de 1871. Pero incluso en ese momento no se abandonó el federalismo. La forma de gobierno de Alemania era una monarquía constitucional federal. El emperador era un monarca constitucional, no un autócrata.⁴

Guillermo I era emperador alemán y rey de Prusia en unión real; y solamente el rey de Prusia podía ser emperador alemán. A pesar de su fuerte posición constitucional, era menos poderoso que, por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos de América. No formaba parte del Gobierno, sino que designaba al canciller imperial como ministro responsable. Las órdenes y los decretos del emperador no surtían efecto legal si no eran refrendados por el canciller imperial. Esta dinámica también se aplicaba, por ejemplo, a los discursos del emperador, que debían obtener la aprobación previa del canciller imperial. Por lo tanto, no existía una política personal por parte del emperador ni siquiera en la época de Guillermo II, que dio una impresión diferente en algunas de sus declaraciones. También aquí se aprecia la fuerte estructura federal y el traspaso de poder al canciller. Este imperio desapareció tras la de-

² *Ibidem*, 106.

³ Lexikon Verlag GmbH Verlagsgruppe Bertelsmann, t. 7, 361-362, y t. 9, 129-30.

⁴ *Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, 184.

rrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial y la abdicación de Guillermo II el 9 de noviembre de 1918.⁵

Su sucesora fue la República de Weimar, proclamada el 9 de noviembre de 1918. Fue la primera democracia parlamentaria de Alemania. En la época de la República de Weimar, los estados del Imperio Alemán siguieron existiendo, aunque en menor número. El estado más grande era Prusia, seguido por Baviera, Sajonia, Württemberg, Baden, Turingia y Hesse. Los estados pequeños eran Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, Hamburgo, Bremen, Lippe, Lübeck, Waldeck (parte de Prusia desde 1929), Schaumburg-Lippe, Mecklenburg-Schwerin y Mecklenburg-Strelitz. Los intentos de establecer un Estado centralizado en el curso de la revolución de noviembre fracasaron. Por esta razón, la Constitución Imperial de Weimar otorgó a los Estados una serie de derechos propios, y también participaron en el proceso legislativo a través de la segunda cámara, el *Reichsrat*. Con mucha diferencia, el estado más grande seguía siendo Prusia, cuyo dominio era un factor importante en el *Reich*.⁶

La época de Weimar constituyó el primer experimento democrático en tiempos supremamente difíciles, entre otras razones por las elevadas reparaciones establecidas en el Tratado de Versalles que Alemania tenía que pagar debido a sus responsabilidades en la Primera Guerra Mundial, así como por la recesión mundial. Había un sinnúmero de partidos, muchas veces una sola persona representaba un partido. La creación de un gobierno o una alianza que pudiese efectivamente gobernar al país fue sumamente difícil y esto contribuyó en gran medida a que la República de Weimar no tuviese éxito. Esta república efectivamente terminó con la toma de poder de Hitler el 30 de enero de 1933. Los estados individuales del imperio, que habían seguido existiendo en la República de Weimar, fueron centralizados bajo el mandato de Hitler y divididos en distritos administrativos llamados *Gaue*, todos subordinados a Berlín. Fue el primer y único gobierno totalmente centralizado en Alemania y, como se sabe, adoptó a forma de una dictadura.⁷

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, el 8 de mayo de 1945, Alemania fue ocupada por los aliados. Si visualizamos un mapa de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, percibiremos algunos cambios significativos.

⁵ *Neue Chronik der Weltgeschichte*, Chronik Verlag, 526; *Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, 220-21.

⁶ *Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, 160.

⁷ *Ibidem*, 230.

En virtud del Tratado de Versalles, Alemania perdió gran parte de su territorio, incluidas Alsacia-Lorena, Prusia Occidental, Silesia y Posen, así como sus colonias.

Las guerras en Europa, básicamente consistían en conquistas y reconquistas. Establecer quién tenía originariamente el derecho a cierto territorio es casi imposible, ya que dependía de qué tanto se remontaran los contendientes al pasado en la investigación y determinación de las fronteras.⁸

Los aliados dividieron a Alemania en cuatro zonas. Una zona británica en el noroeste, una soviética al este, al suroeste una francesa y la americana en el sureste. El puerto de Bremerhaven pasó a formar parte de la zona americana, ya que los norteamericanos también necesitaban un puerto. Hamburgo había quedado en manos británicas.

La capital, Berlín, fue dividida en cuatro sectores entre Francia, la Corona británica, Estados Unidos y la Unión Soviética. Cabe resaltar que todas las rutas terrestres para llegar a Berlín pasaban por la zona soviética, lo cual dificultaba el acceso, ya que su uso dependía del permiso de las autoridades soviéticas. Esta problemática fue una de las razones por las que la ciudad de Bonn fue designada capital del país una vez creada la República Federal de Alemania.⁹

El 23 de mayo de 1949 se fundó la República Federal de Alemania en el territorio de las zonas de ocupación americana, británica y francesa, y el 23 de septiembre de 1949 se fundó la República Democrática de Alemania en el territorio de la zona de ocupación soviética. La capital era la ciudad de Berlín.¹⁰

Das Grundgesetz —abreviado, GG—, es la Constitución de Alemania. Se traduce como Ley Básica o Ley Fundamental

La Ley Fundamental fue promulgada el 23 de mayo de 1949 y entró en vigor el 24 de mayo de 1949.

La separación de Alemania se cimentó con la construcción del muro y la franja de la muerte, como fue llamada por el pueblo alemán. La ciudad de Berlín estaba fraccionada y en algunas partes la frontera dividía calles por la mitad. En Berlín y a lo largo de la frontera, la franja de la muerte era considerada como tal porque no solamente estaba vigilada por soldados a los que se les había dado la orden de disparar para matar, sino también porque en ella

⁸ *Neue Chronik der Weltgeschichte*, Chronik Verlag.

⁹ *Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, 246-47.

¹⁰ *Ibidem*, 248; y *Neue Chronik der Weltgeschichte*, Chronik Verlag, 636.

había armas de disparo automáticas, alambres de púas, vallas, trincheras, muros de concreto casi imposibles de escalar e iluminación constante mediante proyectores. Muchos alemanes trataron de escapar, y más de ciento cuarenta pagaron el intento con su vida. El día en el que comenzó la construcción del muro en Berlín, y a pesar de que el gobierno de la SED había prometido que jamás construiría un muro, la desesperación fue tal que algunas personas que tenían casas cercanas a la frontera se tiraron de las ventanas con cuerdas para escapar del encierro que se avecinaba.¹¹

Este sentimiento de encierro fue lo que finalmente motivó que en septiembre de 1989 se iniciaran las protestas y las manifestaciones de los lunes —tal y como eran llamadas— en la ciudad de Leipzig.

III. LA REUNIFICACIÓN

La falta de libertad para viajar o moverse libremente, así como la constante monitorización por su propio Gobierno fueron los factores que más ira provocaron en los ciudadanos de la República Democrática Alemana. La *Stasi*, es decir, el Ministerio de Seguridad del Estado (*Ministerium für Staatssicherheit*) instigaba a las personas a espiar a sus vecinos, a familias a delatar a los padres o a los hijos, generando una situación intolerable.

Las manifestaciones de los lunes fueron una parte importante de la Revolución Pacífica en la RDA en otoño de 1989. Como se ha dicho, fueron manifestaciones masivas que tuvieron lugar en Leipzig a partir del 4 de septiembre de 1989.

El objetivo de las manifestaciones del lunes era conseguir una reorganización pacífica y democrática, en particular poner fin al Gobierno del partido SED. Los manifestantes también exigían la libertad de circulación y la abolición del Ministerio de Seguridad del Estado. Inicialmente, los ciudadanos de la RDA se preocuparon por las reformas dentro del país; la reunificación fue un objetivo más tardío, dado que aquel entonces nadie la consideraba posible. A partir del otoño de 1989, también se producen manifestaciones masivas y regulares en otras ciudades de la RDA. Por ejemplo, en Dresde, Halle, Karl-Marx-Stadt, Magdeburg, Plauen, Arnstadt, Rostock, Potsdam y Schwerin. Al grito de «Nosotros somos el pueblo», cientos de miles de ciudadanos de la RDA se manifestaron semana tras semana en todo el país y protestaron contra

¹¹ *Neue Chronik der Weltgeschichte*, Chronik Verlag, 643; y «Chronik 1977», Chronik der Mauer, <<https://www.chronik-der-mauer.de/chronik/>>.

la situación política. La primera manifestación de este tipo tuvo lugar el 4 de septiembre de 1989. Fue convocada por las activistas de los derechos civiles Katrin Hattenhauer y Gesine Oltmanns, que distribuyeron cinco pancartas a los manifestantes tras la oración por la paz y posteriormente, ellas mismas desplegaron una con el lema «Por un país abierto con personas libres». En la concentración en el patio de la Iglesia de San Nikolai podían escucharse estos reclamos: «¡Libertad!» y «¡Queremos salir!». Frente a los periodistas de Alemania Federal, que tenían permiso para estar en el lugar con motivo de la Feria de Leipzig, el aparato de seguridad del Estado intentó disolver la manifestación. La fecha tradicional de las oraciones por la paz en la Nikolaikirche y otras tres iglesias del centro de Leipzig, los lunes a las 17:00 horas, fue una elección muy inteligente, dado que, por un lado, permitía participar en la oración y la manifestación sin tener que ausentarse del trabajo y, por otro, los miembros del SED estaban tradicionalmente obligados a asistir a las reuniones de los lunes en las organizaciones del partido de su empresa. Por otra parte, las manifestaciones se celebraban antes de la hora de cierre del centro de Leipzig, por lo que era relativamente seguro estar allí sin llamar la atención de las fuerzas de seguridad. Esa circunstancia también permitió a las cadenas de televisión de Alemania Federal transmitir regularmente el inicio de las manifestaciones en sus principales programas de noticias. Las imágenes tenían que ser sacadas a escondidas de Leipzig, ya que en ese momento la ciudad estaba cerrada a los periodistas occidentales, fuera del horario de la feria. La desesperación de los ciudadanos de la RDA era tal que hasta unos días antes de la caída del Muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, muchas personas huyeron a occidente. La dirección del SED negó durante mucho tiempo la emigración masiva hasta que más de cincuenta mil personas quienes habían abandonado el país tan solo en los dos meses de julio y agosto de 1989 y el fenómeno ya era inocultable.¹²

El aislamiento de la RDA y su catastrófica situación económica había motivado que a finales de 1988, unos ciento diez mil ciudadanos hubieran solicitado emigrar del país, petición que fue denegada en la mayoría de los casos. Al principio, solo unos pocos consiguieron salir de la RDA legal o ilegalmente. Abandonar la RDA ilegalmente era un crimen porque se consideraba un acto de traición a los intereses pacíficos del pueblo.

¹² «Sommer 1989: Die große Flucht aus der DDR», Bundeszentrale für politische Bildung. <<https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/293568/sommer-1989-die-grosse-flucht-aus-der-ddr/>>.

Escapar por la frontera interior de Alemania seguía siendo una amenaza para la vida a principios de 1989. El 5 de febrero de 1989, Chris Gueffroy, de veinte años, fue asesinado a tiros en Berlín-Treptow cuando intentaba huir a través del Muro de Berlín Este a Berlín Oeste. Seis semanas después, el régimen del SED cedió a la presión internacional y dio la orden de dejar de disparar en la frontera. Gueffroy fue la última de las —al menos— ciento cuarenta personas que murieron en el Muro de Berlín entre 1961 y 1989.¹³

El 26 de junio, los ministros de Asuntos Exteriores de Hungría y Austria, Gyula Horn y Alois Mock, abrieron un hueco en la alambrada de la frontera, acompañados por la prensa. Muchos ciudadanos de la RDA viajaron a Hungría con el pretexto de pasar las vacaciones de verano para cruzar por ese lugar el «telón de acero». A mediados de julio 1989, la prensa de Alemania Federal informó de una creciente oleada de ciudadanos de la RDA que huían a Austria a través de Hungría.

Tratando de contener la situación, el gobierno de la RDA anunció que los ciudadanos podrían obtener una revisión jurídica de sus solicitudes de viaje rechazadas. Pero esta medida fracasó completamente, ya que no había confianza alguna en el sistema jurídico.

El 19 de agosto de 1989, varios centenares de ciudadanos de la RDA aprovecharon el llamado «picnic paneuropeo» celebrado en la frontera entre Hungría y Austria para huir juntos. Abandonaron sus automóviles en la calle y se llevaron solamente lo que llevaban puesto. En consecuencia, el Gobierno de la RDA prohibió viajar a Hungría.¹⁴

En septiembre de 1989, unos cuatro mil ciudadanos de la República Democrática Alemana se refugiaron en la embajada alemana en Praga para estar en la parte libre. Después de varias rondas de negociaciones, fue posible sacarlos de ahí y trasladarlos en tren a la República Federal.¹⁵

¹³ «Todesopfer: Chris Gueffroy», Chronik der Mauer, <<https://www.chronik-der-mauer.de/todesopfer/171315/gueffroy-chris>>.

En lugar de intentar cruzar la frontera interior de Alemania, muchos ciudadanos de la RDA utilizaron nuevas rutas de escape en el verano de 1989.

¹⁴ «Picknick in die Freiheit Das paneuropäische Picknick in Sopron», Das Bundesarchiv, <<https://www.stasi-unterlagen-archiv.de/geschichten/die-stasi-im-jahr-1989/schlaglicht-paneuropaisches-picknick/>>.

¹⁵ Deutsche Fernsehgeschichte, «Endlich Freiheit - 1989, das Jahr in dem die Mauer fiel (Dokumentation, 1994)», video de YouTube, publicado el 03 de noviembre, 2016, <<https://www.youtube.com/watch?v=1qfwZil3Dyw>>.

En medio del caos de aquellos días, el Gobierno de la RDA trató apaciguar la situación prometiendo cambios en la ley de circulación y la relajación de algunas restricciones. El 9 de noviembre de 1989, en el edificio que actualmente alberga las oficinas del Ministerio Federal de Justicia en Berlín, Günter Schabowski —miembro del Politburó del SED— celebró una conferencia de prensa internacional en la que anunció que se aprobaría una nueva ley de la libertad de circulación, es decir, la libertad de viajar al extranjero. La ley fue escrita apresuradamente y debía ser seguida por una orden ejecutiva muy restrictiva que aún no había sido redactada por completo. Un periodista extranjero preguntó cuándo se aplicaría esta libertad de circulación. Günter Schabowski no estaba preparado para responder a esta pregunta y finalmente dijo que se aplicaría inmediatamente. La noticia corrió como la pólvora por los medios de comunicación occidentales —medios que podían ser (y eran) recibidos ilegalmente en la RDA— y los habitantes en Berlín acudieron en masa a la Puerta de Brandemburgo y a otros pasos fronterizos. Los desconcertados funcionarios de la frontera, que no habían recibido información alguna, finalmente dejaron pasar a la gente.¹⁶

La caída del muro de Berlín durante la noche del 9 de noviembre de 1989 está marcada de manera indeleble en la memoria de los alemanes. Todos los que vivieron este momento saben dónde se encontraban cuando llegó la noticia de que el muro era cosa del pasado la gente estaba cruzando la frontera sin impedimentos. El gobierno dictatorial del partido SED había llegado a su fin.

En los meses que siguieron a la caída del muro, se desató una fuerte disputa en la coalición gubernamental de la RDA. En vista de la inestabilidad del país, los liberales y el SPD exigían que la RDA se adhiciese a la República Federal antes de las elecciones generales previstas para el 2 de diciembre de 1990, y el grupo parlamentario de la Unión Demócrata Cristiana (CDU) incluso abogaba por la adhesión inmediata el 17 de junio de 1990. En un primer momento, el presidente del Gobierno de la RDA, Lothar de Maizière, rechazó ambas posibilidades y se ciñó a la hoja de ruta original para la unidad alemana, que preveía la adhesión solo después de que se celebraran las elecciones de diciembre. Pero el poder de los hechos impidió que este plan se llevara a cabo: en el verano de 1990, la RDA estaba al borde del colapso económico.

El día 3 de octubre de 1990 tuvo lugar la adhesión de la República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania de conformidad con el

¹⁶ DW Deutsch, «Eine Kommunikationspanne veränderte die Welt - 25 Jahre Mauerfall | Fokus Europa», video de YouTube, publicado el 21 de noviembre, 2014, <https://www.youtube.com/watch?v=sNF_NwSySaU>. Conferencia de Prensa en la RDA anunciando la libertad para viajar.

artículo 23 de la Ley Básica o Ley Fundamental, precepto que preveía que territorios que previamente habían sido alemanes podían reunificarse de esta manera.

Desde entonces, el 3 de octubre es un día festivo, el Día de la Unidad Alemana.

Después de más de cuarenta años, se hizo realidad lo que el preámbulo de la Ley Fundamental reclamaba a «todo el pueblo alemán»: completar la unidad y la libertad de Alemania a través de la libre autodeterminación.

IV. LAS ESTRUCTURAS POLÍTICAS ACTUALES DE ALEMANIA

1. La Ley Básica o Ley Fundamental

El federalismo en la República Federal de Alemania no solo se creó como alternativa democrática al Estado unitario nacionalsocialista enmarcada en la tradición de la historia alemana. También fue concebido por los aliados occidentales como requisito previo para fundar un nuevo Estado en Alemania Occidental, es decir, fue prescrito expresamente para la Asamblea Constituyente (Consejo Parlamentario) como elemento central del orden democrático. Los ministros-presidentes de los *länder* de las zonas ocupadas por los occidentales recibieron la correspondiente instrucción en Frankfurt am Main el 1 de julio de 1948.

La Ley Básica o Ley Fundamental fue promulgada el 23 de mayo de 1949 y entró en vigor al día siguiente, tras la aprobación de los tres aliados occidentales: Estados Unidos, Reino Unido y Francia. Fue denominada Ley Fundamental porque no se deseaba usar la expresión «constitución» para dar nombre a un texto que tendría vigencia solamente en una parte del país. La reunificación era la meta principal para Alemania Federal. La Ley Fundamental debía de aplicarse hasta que pudiera crearse una constitución para todo el país tras la reunificación.

Entre 1949 y 1990, el artículo 23 disponía: «La presente Ley Fundamental se aplicará inicialmente en los territorios de los *länder* de Baden, Baviera, Bremen, Gran Berlín, Hamburgo, Hesse, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern. En otras partes de Alemania entrará en vigor después de su adhesión». El segundo enunciado fue esencial desde el punto de vista político, ya que la reunificación tuvo lugar en 1990 mediante la adhesión de la RDA. El artículo 23 fue suprimido por el Tratado de Unificación, que fue

aprobado por el *Bundestag* y el *Bundesrat* con una mayoría que modificaba la Constitución, dado que en aquel momento ya no había «otras partes de Alemania» que eventualmente pudieran entrar en el ámbito de aplicación de la Ley Fundamental. El reconocimiento de las fronteras que existían en Europa en 1990 fue la base central para que fuese posible la reunificación. Los aliados no habrían podido aceptar ninguna ambigüedad en cuestión de fronteras.

El preámbulo preveía que la Ley Básica sería sustituida por una constitución acordada por una asamblea constituyente después de una reunificación o adhesión, tal y como estipulaba el artículo 23. Sin embargo, pese a que era un acuerdo provisional, resultó ser una buena constitución que cosechó una gran aceptación de un pueblo que se sentía y se ha sentido protegido por la Ley Básica. Tras la adhesión de la República Democrática de Alemania a la República Federal, la cámara popular decidió el 23 de agosto de 1990 mantener la vigencia de la Ley Básica en el país reunificado.

La Ley Básica consta de 146 artículos: los artículos 1 al 20 hacen referencia a los derechos humanos, que son inalienables, pero no ilimitados. Los derechos encuentran sus límites en las leyes y los decretos ejecutivos: como en su día ya dijo el gran Benito Juárez, «el respeto al derecho ajeno es la paz». El párrafo tercero del artículo 79 prohíbe cualquier enmienda que pretenda abolir la división de la federación en estados —o *Länder*, como son llamados—, así como cualquier enmienda que prive a los estados de la participación fundamental en la legislación. Sin embargo, no está prohibida la reorganización de los estados federados. En Alemania ha habido debates en los que se ha propuesto la reorganización del país en tan solo cinco estados. La motivación subyacente a esta idea es básicamente financiera: reducir el número de parlamentos, ministerios, cortes y demás organizaciones gubernamentales, para limitar los gastos, dado que todos los estados —incluso una entidad tan pequeña como Bremen— tienen un sistema comprensivo que abarca los tres poderes —gobierno, parlamento y cortes—. Sin embargo, estos proyectos nunca se han llevado a cabo y su puesta en práctica es muy poco probable, dado que el sentimiento de pertenencia de los ciudadanos a sus estados es sólido y está muy arraigado.

Además, el artículo 79 de la Ley Fundamental también prohíbe las enmiendas que afecten a los principios de los artículos 1 a 20 de la Ley Fundamental. La Constitución alemana incorpora, por tanto, una cláusula de intangibilidad que afecta a los artículos indicados. Más allá de esta importante limitación, la Ley Fundamental puede ser modificada de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 79 (2) de la misma, que exige que la reforma sea aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros del parlamento (*Bundestag*) y dos tercios de la segunda cámara (*Bundesrat*),

Actualmente, el *Bundestag* tiene setecientos treinta y seis miembros. Por su parte, el *Bundesrat* siempre tiene sesenta y nueve miembros.

A diferencia de la Constitución estadounidense, por ejemplo, en Alemania no se añaden artículos a la Ley Fundamental, sino que se modifican o derogan sus propias disposiciones. Desde su entrada en vigor, la Ley Fundamental ha sido modificada más de sesenta veces, y esto no siempre ha sido beneficioso.

El artículo 23 de la Ley Básica —que, después de la reunificación, quedó obsoleto por su redundancia—, fue modificado y actualmente contiene reglas concernientes a las relaciones entre Alemania y la Unión Europea.

2. La federación y los estados

El federalismo alemán se concibió como un federalismo de colaboración, es decir, como un *federalismo cooperativo*. La federación es responsable de la mayor parte de la legislación, que es aprobada por ella misma o en cooperación con los estados federados. Los estados asumen la mayor parte de la responsabilidad de las leyes que debe aplicar la administración. Una «administración mixta» ejercida conjuntamente por la federación y los *länder* es la excepción absoluta. En la actualidad, este último arreglo institucional solo se aplica a la atención de los parados de larga duración por parte de empleados de los municipios, por un lado, y a la Agencia Federal de Empleo, por otro. Esta normativa fue una respuesta a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 2007 que confirmó la prohibición de la Administración mixta. El artículo 91e, que no se introdujo en la Ley Fundamental hasta 2010, establece en su apartado 1 que la federación y los *länder* tendrán competencia en el ámbito de las prestaciones básicas para demandantes de empleo.¹⁷

Los artículos 71 al 74 de la Ley Básica contienen las normas que distribuyen las facultades legislativas de la federación y los estados. En aquellos asuntos de legislación concurrente, la Constitución da prioridad a la federación.

Art. 71, 73 GG: Legislación exclusiva de la Confederación:

- Asuntos Exteriores;
- Defensa, Protección Civil;
- Nacionalidad;
- Pasaporte y registro;

¹⁷ «Leitsatz zum Urteil des Zweiten Senats vom 20. Dezember 2007», Bundesverfassungsgericht, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/12/rs20071220_2bvr243304.html>.

- Libertad de circulación, inmigración/emigración;
- Moneda, comercio exterior;
- Aduanas y Protección de Fronteras;
- Proteger el patrimonio cultural alemán contra la emigración en el extranjero;
- Transporte aéreo, ferrocarriles federales;
- Correos y telecomunicaciones;
- Ley de la Función Pública Federal;
- Protección de la propiedad industrial;
- La lucha contra el terrorismo por el *Bundeskriminalamt* BKA;
- Cooperación policial entre la Federación y los *länder*;
- Ley de armas y explosivos; y
- Uso de la energía nuclear.

Art. 72, 74 GG: Legislación concurrente: competencia prioritaria de la federación. Sin embargo, mientras y en la medida en que no haga uso de ello, los *länder* tienen poder legislativo:

- Derecho civil, derecho penal;
- Estado civil;
- Derecho de asociación;
- Consecuencias de la guerra, reparaciones;
- Seguridad social, derecho laboral;
- Derecho de la competencia;
- Apoyo a la agricultura, nutrición;
- Derecho del suelo, derecho de la vivienda;
- Sanidad;
- Envío;
- Derecho medioambiental (residuos, aire, ruido);
- Derechos del estatuto de los funcionarios de los *länder*;
- Caza;*
- Conservación de la naturaleza y del paisaje;*
- Ordenación del territorio;*
- Balance de agua;* y
- Admisión a la universidad, titulación.*

* Los Estados pueden apartarse de la normativa federal en estos ámbitos.

Art. 70 GG: En la medida en que la Ley Fundamental no confiera la competencia a la federación, los estados federales tendrán derecho a legislar:

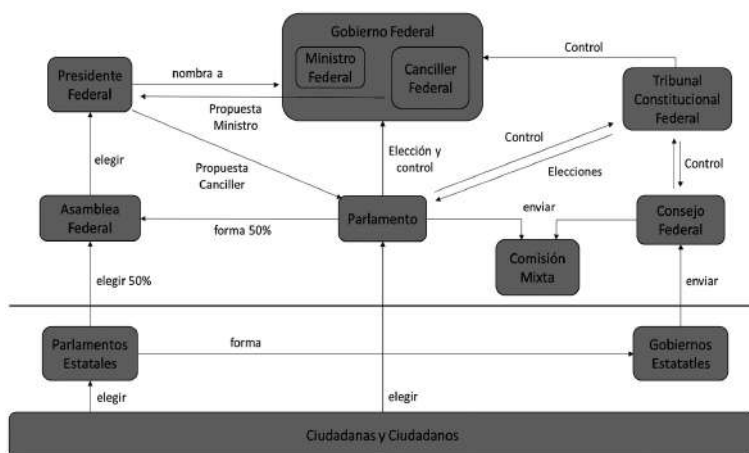
- Derecho de residencia;

- Bienestar público;
- Derecho mercantil (por ejemplo los horarios de cierre de las tiendas, los restaurantes, las ferias);
- Apoyo a la formación;
- Financiación de la investigación;
- Transferencia a la propiedad común;
- Industria hospitalaria;
- Alimentación, seguridad de los productos;
- Tráfico rodado;
- Responsabilidades del Estado; y
- Ingeniería genética.

En estos ámbitos, la federación solo será responsable si y en la medida en que sea necesaria una regulación federal para establecer condiciones de vida equivalentes o para preservar la unidad jurídica y económica.

A lo largo del tiempo, la federación ha reivindicado la facultad de legislar en todas las materias de legislación concurrente y ha fundado esta pretensión en el artículo 72, apartado 2, de la Ley Fundamental, que establece que la federación puede arrogarse el derecho a legislar cuando sea necesario aplicar un derecho uniforme en toda Alemania —por ejemplo, en el caso del derecho de establecimiento de los extranjeros—. La federación también puede arrogarse el derecho a legislar cuando sea necesario proteger el territorio económico uniforme, es decir, evitar obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios en Alemania, por mencionar un ejemplo, en la gestión de residuos.

3. Los órganos federales



Las relaciones entre los órganos federales y el Gobierno, constituido por el canciller y los ministros de gabinete, son complejas. Como muestra la figura, el organigrama institucional está diseñado para que exista un equilibrio consistente y duradero entre los poderes del Estado.¹⁸

Las leyes aprobadas por el *Bundestag* son remitidas al *Bundesrat* para su aprobación. Tras la aprobación, la ley es ejecutada por el presidente.

Si el *Bundestag* no aprueba la ley, el asunto es tratado por la Comisión de Mediación o Comisión Mixta. Si se llega a un acuerdo, la ley que fue propuesta es presentada al presidente para su ejecución.

4. *Ejecución de las leyes*

Tras el refrendo del ministro o ministros federales implicados y del canciller federal, las leyes federales son ejecutadas por el presidente federal.

Antes, debe comprobar que la ley en cuestión ha entrado en vigor de conformidad con las previsiones de la Ley Fundamental. Según la práctica estatal y la opinión dominante, este derecho de examen abarca tanto aspectos formales (normas de competencia y procedimiento) como cuestiones de fondo (derechos fundamentales, disposiciones sobre objetivos estatales, ley de organización estatal).

El derecho y el deber del presidente federal de examinar una ley a la luz del derecho constitucional antes de su promulgación forman parte del proceso legislativo. La promulgación no rivaliza con la tarea del Tribunal Constitucional Federal. Si en el curso de su revisión de la ejecución de una ley el presidente federal llega a la conclusión de que existen objeciones constitucionales de tal alcance que le impiden ejecutarla, los órganos constitucionales implicados en la legislación son libres de recurrir la no ejecución ante el Tribunal Constitucional Federal.

En la historia de la República Federal de Alemania, el presidente federal se ha negado a ejecutar una ley en ocho ocasiones.

En estos casos, el Parlamento tiene la opción —pero no la obligación— de acudir al Tribunal Constitucional Federal.

¹⁸ Organigrama basado en *Bundesorgane*, <<https://staatsrecht.honikel.de/de/bundesorgane.htm>>.

De acuerdo con el art. 82, apdo. 1 GG, las leyes se publican en el *Boletín Oficial Federal* después de ser ejecutadas por el presidente federal.¹⁹

5. El presidente y su representación: artículos 54 a 61 GG

El presidente de Alemania es elegido por la *Bundesversammlung*, la Asamblea Federal, constituida por los setecientos treinta y seis miembros del Parlamento que tenemos actualmente y el mismo número de delegados de los parlamentos estatales, tal y como establece el artículo 54 de la Ley Fundamental. El presidente no puede pertenecer a ningún órgano federal, al Gobierno federal o un gobierno estatal. Su mandato es de cinco años y puede ser reelegido una vez, situación que se ha dado varias veces en el pasado. Los requisitos de elegibilidad para el cargo de presidente federal son los siguientes: tener una edad mínima de cuarenta años y ser titular del derecho de participar en las votaciones o elecciones para el Parlamento.

De acuerdo con el artículo 58 GG, para que las órdenes y los decretos del presidente federal sean válidos, deben ser refrendados por el canciller federal o el ministro federal competente. Las únicas excepciones son el nombramiento y la destitución del canciller federal, la disolución del *Bundestag* conforme al artículo 63 GG y la solicitud conforme al artículo 69, apartado 3 GG.

Vemos aquí la semejanza con la organización política del Imperio Alemán, en el que las competencias estaban distribuidas de forma muy similar.

Conforme al artículo 59 GG, el presidente federal representará a la federación en el ámbito del derecho internacional. Celebrará tratados con Estados extranjeros en nombre de la federación, y certificará y recibirá a los embajadores.

Adicionalmente, el artículo 60 GG le confiere los siguientes derechos: el presidente nombra y destituye los jueces federales, a los funcionarios federales y a los oficiales y suboficiales, salvo disposición legal en contrario. Ejerce el derecho de gracia para la federación en casos individuales o transfiere estas competencias a otras autoridades. Los apartados 2 a 4 del artículo 46 se aplicarán al presidente federal *mutatis mutandis*, lo cual le otorga la misma protección ante la ley que gozan los miembros del Parlamento.

¹⁹ «Amtliche Funktionen», Der Bundespräsident, <<https://www.bundespraesident.de/DE/Amt-und-Aufgaben/Wirken-im-Inland/Amtliche-Funktionen/amtliche-funktionen-node.html>>.

En este momento, el presidente es el Sr. Frank Walter-Steinmeier y su representación, a la fecha de este Congreso, era la presidenta del estado de Sarre, Anke Rehlinger. A partir de noviembre 2022, la representación ha sido asumida por el primer alcalde de Hamburgo, Peter Tschentscher.

El artículo 57 de la Ley Fundamental dispone: «Las competencias del presidente federal serán ejercidas por el presidente del *Bundesrat* en caso de impedimento o cese anticipado de sus funciones. Esto se aplica independientemente de si el presidente federal se encuentra solo temporalmente ausente o incapacitado».

Según el Acuerdo de Königstein, de 30 de agosto de 1950, un jefe de gobierno es elegido como presidente del Consejo federal por rotación anual en orden decreciente de población de los estados. De esta manera, todos los jefes de estado tienen la oportunidad de ocupar el cargo de representante del presidente. Como ocurrió en 2010. El 31 de mayo de 2010, el entonces presidente Horst Köhler dimitió sorprendentemente del cargo de presidente alemán.

De conformidad con el apartado 4 del artículo 54 de la Ley Fundamental, estaba previsto que la Asamblea Federal se reuniera para elegir un nuevo presidente el 30 de junio de 2010. Hasta entonces, el presidente del *Bundesrat*, Jens Böhrnsen, alcalde de Bremen, el estado más pequeño de Alemania, asumió provisionalmente las funciones oficiales de acuerdo con las previsiones del art. 57 de la Ley Fundamental.

6. El Gobierno federal: artículos 62 al 69 GG

El artículo 62 GG dispone que el Gobierno federal estará compuesto por el canciller federal y los ministros federales.

El canciller federal tiene la obligación y el derecho de determinar las directivas políticas y es responsable de las mismas. En el marco de estas directivas, cada ministro federal gestionará su cartera de forma independiente y bajo su propia responsabilidad.

7. Canciller y representación: art. 63 Ley Fundamental

El artículo 63 GG establece las siguientes previsiones:

- (1) El canciller federal será elegido por el *Bundestag*, sin debate, a propuesta del presidente federal.
- (2) Una persona será elegida si obtiene los votos de la mayoría de los miembros del *Bundestag*. 2 La persona elegida será propuesta por el presidente federal.

- (3) Si el candidato no resulta elegido, el *Bundestag* podrá elegir un canciller federal dentro de los catorce días siguientes a la votación con el voto de más de la mitad de sus miembros.
- (4) Si no se celebra la elección dentro de este plazo, se celebrará sin demora una nueva votación, en la que resultará elegida la persona que obtenga el mayor número de votos. 2 Si la persona elegida obtiene los votos de la mayoría de los miembros del *Bundestag*, el presidente federal deberá nombrarla en los siete días siguientes a la elección. 3 Si la persona elegida no obtiene esta mayoría, el presidente federal deberá, en el plazo de siete días, nombrarla o disolver el *Bundestag*.

El canciller actual es Olaf Scholz. Su partido, el SPD, obtuvo una mayoría suficiente en las elecciones nacionales del 26 de septiembre 2021 para formar un gobierno de coalición con otros dos partidos, el FDP y los Verdes.

Su partido lo había designado como candidato a canciller y él eligió a Robert Habeck, del partido Verde, como su vicecanciller. El canciller puede designar libremente cuál de sus ministros será su representante. Su actual gabinete es bastante paritario, ya que consta de nueve hombres y ocho mujeres.

8. El gabinete federal

Existen quince ministerios federales:

Ministerio	Abreviatura
Ministerio Federal de Asuntos Exteriores	AA
Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales	BMAS
Ministerio Federal de Educación e Investigación	BMBF
Ministerio Federal de Asuntos Digitales y Transportes	BMDV
Ministerio Federal de Alimentación y Agricultura	BMEL
Ministerio Federal de Hacienda	BMF
Ministerio Federal de la Familia, la Tercera Edad, la Mujer y la Juventud	BMFSFJ
Ministerio Federal de Sanidad	BMG
Ministerio Federal del Interior y Asuntos Internos	BMI
Ministerio Federal de Justicia	BMJ
Ministerio Federal de Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza, Seguridad Nuclear y Protección de los Consumidores	BMUV
Ministerio Federal de Defensa	BMV
Ministerio Federal de Economía y Protección del Clima	BMWK

Ministerio	Abreviatura
Ministerio Federal de Vivienda, Urbanismo y Construcción	BMWSB
Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo	BMZ

9. El Bundestag: artículos 38 a 45c GG

Los diputados del Parlamento alemán, el *Bundestag*, son elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son representantes de todo el pueblo, no están sujetos a órdenes ni instrucciones y solo están sometidos a su conciencia. Todo ciudadano mayor de dieciocho años tiene derecho a votar. El *Bundestag* es elegido por cuatro años y su mandato finaliza con la convocatoria de un nuevo *Bundestag*. Los artículos 38 a 45c GG determinan la organización del Parlamento.²⁰

La siguiente lista ofrece una visión general de todos los diputados del *Bundestag* alemán en la vigésima legislatura tras las elecciones de 2021.

LINKE	39
SPD	206
VERDES	118
FDP	92
CDU/CSU	197
AfD	78
Diputados no inscritos	6

Por lo que respecta al *Bundestag*, actualmente están representados los siguientes partidos. El partido Alternativa para Alemania (AFD), una formación de extrema derecha que, tristemente, ha tenido auge en las últimas fechas y obtuvo un impresionante número de escaños en el Parlamento, si bien, afortunadamente, está perdiendo votos en las elecciones estatales. Los partidos conservadores son la Unión Demócrata Cristiana (CDU) y la Unión Social Cristiana de Baviera (CSU); la CSU solo está implantada en Baviera y únicamente puede ser votada por personas que viven en Baviera, mientras que la CDU tiene implantación en el resto del país. Las demás formaciones políticas son el Partido Democrático Libre (FDP); Los Verdes (GRÜNE), que un par-

²⁰ En este enlace puede activarse una página interactiva que muestra la actual distribución de escaños en el *Bundestag*: <https://www.bundestag.de/parlament/plenum/sitzverteilung_20wp>.

tido pro medioambiente, el Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD) y La Izquierda (LINKE). El Gobierno actual está configurado por una coalición entre el SPD, Los Verdes (GRÜNE) y el FDP.

10. *Bundesrat: artículos 50 al 53 GG*

El *Bundesrat* es un «Parlamento de los gobiernos de los estados federales». Solo pueden ser miembros del *Bundesrat* quienes tienen escaño y voto en el gobierno de un estado federado (artículo 51 [1] de la Ley Fundamental). Por tanto, la oposición de los estados federales no tiene posibilidad de hacer oír su voz directamente en el *Bundesrat*.

Según el artículo 51 (2) de la Ley Fundamental, cada estado tiene al menos tres votos. Los estados federales con más de dos millones de habitantes tienen cuatro votos, los estados federales con más de seis millones de habitantes tienen cinco votos y los estados federales con más de siete millones de habitantes tienen seis votos.

En total, el *Bundesrat* tiene sesenta y nueve votos y, en consecuencia, sesenta y nueve miembros ordinarios, ya que cada estado federado solo puede designar para el *Bundesrat* tantos miembros ordinarios como votos tenga en él (artículo 51, apartado 3, de la Ley Fundamental). La mayoría absoluta requerida normalmente para las resoluciones es de treinta y cinco votos, mientras que la mayoría absoluta de dos tercios —requerida en determinados supuestos— es de cuarenta y seis votos.²¹

Si un nuevo gobierno estatal entra en funciones tras unas elecciones al parlamento estatal, debe volver a nombrar a sus miembros en el *Bundesrat*. Por tanto, la composición del *Bundesrat* solo cambia cuando el nuevo gobierno ha jurado su cargo en el respectivo parlamento estatal. Hasta entonces, los miembros del antiguo gobierno emiten los votos del estado en el *Bundesrat*.

11. *El sistema electoral de Alemania*

Elecciones al *Bundestag*: El artículo 38(1) GG dispone:

Los diputados del *Bundestag* alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son representantes de todo el pueblo, no están sujetos a órdenes o instrucciones y solo están sometidos a su conciencia. (2) Todo

²¹ «Zusammensetzung des Bundesrates», Bundesrat, <<https://www.bundesrat.de/DE/bundesrat/verteilung/verteilung-node.html>>.

aquel que haya cumplido dieciocho años tiene derecho a votar; todo aquel que haya alcanzado la mayoría de edad tiene derecho a votar. (3) Los detalles serán determinados por una ley federal.

Los votantes siempre tienen dos votos mediante los que pueden elegir un candidato directo y un partido, y la votación es por representación y voto directo. Este sistema de votación ha generado problemas en varias ocasiones, particularmente en las elecciones anteriores, en las que hubo una gran disparidad entre los votos directos y los votos por representación. La CDU, por ejemplo, tenía el 30 % del total de los votos, pero también obtuvo cuarenta y cinco escaños directos. No es posible negar a estos candidatos el lugar que ganaron.

Para salvaguardar la situación, la solución fue el incremento del número de escaños, pero esta opción generó otra desproporción. Para compensar esta nueva desproporción se designaron un número de mandatos de equilibrio para balancear la situación aumentando así aún más el número de diputados, por lo que ahora tenemos setecientos treinta y seis miembros en el *Bundestag*. El parlamento alemán actual es el segundo más grande del mundo, el primer lugar es ocupado por China. En relación con el número de ciudadanos alemanes —aproximadamente ochenta y tres millones doscientos mil—, el Parlamento es desproporcionadamente grande y costoso.

Hay iniciativas para limitar el número de miembros antes de las próximas elecciones.

Para poder tener representación en el Parlamento, un partido necesita obtener más del 5 % de porcentaje de voto en las elecciones. Esta regla también se aplica en las elecciones estatales.²²

La «valla» del 5 % fue adoptada tomando en consideración la experiencia de la República de Weimar. El objetivo de la regla es evitar que «partidos miniatura» entren en el Parlamento y dificulten la formación de un Gobierno efectivo.

12. Los órganos judiciales: artículos 92 al 104 GG

El **art. 92** establece:

El Poder Judicial estará confiado a los jueces; será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *länder*.

²² «Fünfprozenthürde», Deutscher Bundestag, <<https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/F/fuenfprozenthuerde-857038>>.

Es tarea de la federación crear los tribunales supremos.

Artículo 95 GG: Tribunales Supremos

(1) La Federación creará el Tribunal Federal Supremo, el Tribunal Federal Administrativo, el Tribunal Federal Supremo de Finanzas, el Tribunal Federal del Trabajo y el Tribunal Federal Social como tribunales supremos para los ámbitos de la jurisdicción ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social. (2) El Ministro Federal responsable del área temática respectiva decidirá el nombramiento de los jueces de estos tribunales junto con un Comité de Selección de Jueces formado por los Ministros de los *länder* responsables del área temática respectiva y un número igual de miembros elegidos por el *Bundestag*. (3) Se creará un Senado Conjunto de los tribunales mencionados en el apartado (1) para garantizar la uniformidad de la jurisdicción. Los detalles serán regulados por una ley federal.

Artículo 96 GG: Tribunales federales

(1) La Federación podrá crear un tribunal federal para asuntos relacionados con la protección de la propiedad industrial. (2) La Federación podrá establecer tribunales penales militares para las fuerzas armadas como tribunales federales. Solo pueden ejercer la jurisdicción penal en casos de defensa y sobre los miembros de las fuerzas armadas destinados en el extranjero o embarcados en buques de guerra. Los detalles están regulados por una ley federal. Estos tribunales pertenecen a la cartera del Ministro Federal de Justicia. Sus jueces a tiempo completos deben estar cualificados para ejercer la función judicial. (3) El tribunal supremo para los tribunales mencionados en los apartados 1 y 2 será el Tribunal Supremo Federal. (4) La Federación puede establecer tribunales federales para decidir sobre los procedimientos disciplinarios y los procedimientos de apelación para las personas que tienen una relación laboral de derecho público con ella. (5) Para los procedimientos penales en los siguientes ámbitos, una ley federal puede, con el consentimiento del Bundesrat, establecer que los tribunales de los *länder* ejerzan la jurisdicción federal: 1. El genocidio; 2. crímenes contra la humanidad según el derecho penal internacional; 3. Crímenes de guerra; 4. otros actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con la intención de hacerlo (artículo 26.1); 5. Protección del Estado.

En Alemania se han creado siete tribunales federales. En su mayoría, se encuentran en diferentes estados o ciudades, a excepción de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional —ambos localizados en Karlsruhe— y los tribunales federales de Hacienda y de Patentes, radicados en Múnich. Adicionalmente, existen el Tribunal Federal de Trabajo —en Erfurt—, el Tribunal Federal Social —en Kassel— y el Tribunal Administrativo Federal —en Leipzig—.

Además de los señalados, hay dos tribunales del Servicio Militar (*Wehrdienstgerichte*): el Tribunal de Servicio de las Tropas Norte, situado en Münster, y el Tribunal de Servicio de las Tropas Sur, situado en Múnich.

Artículo 97 GG: independencia judicial

(1) Los jueces serán independientes y estarán sujetos únicamente a la ley. (2) Los jueces contratados a tiempo completo y con carácter permanente solo podrán ser destituidos antes de la expiración de su mandato o relevados definitivamente o temporalmente de su cargo o trasladados a otro puesto o a la jubilación contra su voluntad en virtud de una decisión judicial y únicamente por los motivos y en la forma establecidos por la ley. El legislador podrá fijar los límites de edad a partir de los cuales se jubilarán los jueces vitalicios. En caso de modificación de la organización de los tribunales o de sus circunscripciones, los jueces pueden ser trasladados a otro tribunal o destituidos, pero solo con el mantenimiento de la totalidad de su salario.

Artículo 101 GG: Inadmisibilidad de los tribunales de excepción

(1) Los tribunales de excepción son inadmisibles. Nadie puede ser privado de su legítimo juez. (2) Los tribunales de materias especiales solo pueden ser creados por ley.

El derecho al juez legal está regulado en Alemania en el artículo 101 (1), frase 2, de la Ley Fundamental (GG) y en el artículo 16 de la Ley de Constitución de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG). Este derecho implica que todos los ciudadanos tienen el derecho a que se determine de antemano —y de manera posteriormente verificable— qué juez es responsable de cada caso. Con esta previsión se pretende evitar que los tribunales excepcionales establecidos en contravención de la reserva de ley influyan en el resultado de procedimientos concretos (art. 101 [1], frase 1, GG).

La competencia local y por razón de la materia de los tribunales está regulada en la Ley de Constitución de Tribunales, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El reparto de asuntos entre las salas jurisdiccionales está establecida por el plan de reparto de asuntos establecido por el presídium conforme al art. 21e GVG. La distribución en la sala al juez que conoce del asunto está regulada por los jueces profesionales pertenecientes a la sala de conformidad con la sección 21g GVG. Esto significa que también debe haber jueces suplentes designados para casos de incapacitación de algún miembro de la corte.

Si una decisión es dictada por un tribunal o un panel dentro de un tribunal que no tiene jurisdicción, puede violar el derecho al juez legítimo y, normalmente, ser impugnada mediante una objeción a la composición del tribunal o una apelación inmediata.

V. DERECHOS BÁSICOS EN LOS TRIBUNALES

El **artículo 103 (1) GG** dispone:

Toda persona tiene derecho a ser oída en juicio.

El Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado al respecto en las siguientes decisiones:

El derecho a ser oído garantizado en el apartado 1 del artículo 103 de la Ley Fundamental es un corolario del concepto de Estado de Derecho para los procedimientos judiciales. El individuo no debe ser un mero objeto del proceso, sino que debe tener voz antes de que se adopte una decisión que afecte a sus derechos, para poder influir en el proceso y en su resultado.²³

La Ley Fundamental garantiza una audiencia legal en los procedimientos judiciales a través del derecho procesal fundamental del artículo 103.1 de la Ley Fundamental. El derecho a ser oído no es solo un «derecho procesal primario» del hombre, sino también un principio procesal de derecho objetivo, que es absolutamente constitutivo de los procedimientos del Estado de Derecho en el sentido de la Ley Fundamental.²⁴

Su importancia del derecho a ser oído para el Estado de derecho también se reconoce en el derecho a un proceso justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en los artículos 47.2 y 41.2 a) de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. El individuo no solo debe ser objeto de la decisión judicial, sino que también debe tener voz antes de que se adopte una decisión que afecte a sus derechos para poder influir en el procedimiento y en su resultado como sujeto.²⁵

El derecho a ser oído garantiza a las partes un derecho de información, expresión y consideración con la consecuencia de que pueden configurar su conducta en el procedimiento de forma autodeterminada y específico para cada situación. En particular, garantiza que sean oídas con declaraciones y mociones.²⁶

El **artículo 103 (2) GG** establece en estos términos el principio de legalidad penal:

²³ BVerfG, Auto de 18 de enero de 2011, Ref. 1 BvR 2441/10, texto íntegro, párr. 10 y ss.

²⁴ BVerfGE 55, 1 <6>.

²⁵ BVerfGE 9, 89 <95>.

²⁶ BVerfG, Orden de 30 de abril de 2003, Ref. 1 PBvU 1/02, texto completo párr. 38 y ss., BVerfGE 107, 395.

Un acto solo puede ser castigado si la punibilidad estaba determinada por la ley antes de que se cometiera el acto.

Nulla poena sine lege

Según la concepción jurídica europea continental, la fórmula abreviada latina *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta praevia* (ningún crimen, ninguna pena sin ley formal anterior) denota el principio de legalidad en el derecho penal. Un delito, por tanto, lo es únicamente si el legislador lo ha tipificado como infracción penal anteriormente a la comisión de la conducta que pretende castigar. Solo una ley formal puede establecer la punibilidad de un acto. Este principio es un logro de la época de la Ilustración en los países de habla alemana que se atribuye principalmente a Paul Johann Anselm von Feuerbach.²⁷

Y este concepto requiere leyes escritas y constitucionales, para la determinación de lo que constituirá un acto criminal.

La obligación de que exista la ley que prevea la tipificación como delito y el castigo de determinadas conductas antes de poder castigar a quien las comete causó problemas graves e inesperados con la invención de internet. La conducta consistente en comisión de delitos de fraude mediante una computadora no era subsumible en la definición tradicional del delito fraude ni en cualquier otra norma del Código Penal Alemán. A falta de una norma, se consideró la posibilidad de aplicar las normas existentes por analogía, pero la ley prohíbe la analogía en perjuicio del acusado. El único remedio era que el Parlamento aprobara apresuradamente una ley para penalizar los delitos cometidos en el internet.

Desde la perspectiva actual del derecho internacional en relación con el derecho nacional, quedan excluidos de la regla *nulla poena sine lege* los crímenes de derecho internacional (véase la cláusula de Núremberg)

Por su parte, el **artículo 103 (3) GG** consagra el principio de *ne bis in idem* en el ámbito penal:

Ninguna persona puede ser castigada más de una vez por el mismo delito según las leyes penales generales.

Aunque en Alemania el principio de *ne bis in idem* se aplica en todos los sectores del derecho en Alemania, se aplica predominantemente en el ámbito del derecho penal y reglamentario.

²⁷ Lexikon Verlag GmbH, Verlagsgruppe Bertelsmann Buchnummer 084798, t. 6, 8.

En el derecho penal, un acto procesal acusado es, en principio, evaluado jurídicamente de forma definitiva mediante una sentencia firme. Por ejemplo, una persona que ha sido condenada legalmente por homicidio no puede ser condenada de nuevo por asesinato de la misma persona tras la conclusión del proceso si las características del asesinato solo se establecen posteriormente. Sin embargo, el principio solo se aplica en relación con un delito concreto. No significa, por ejemplo, que un atracador de bancos no pueda ser condenado si posteriormente atraca el mismo banco por segunda vez, o que una persona condenada por un delito siendo inocente tenga vía libre para cometerlo con posterioridad. Se trataría entonces de un delito distinto, no de aquel por el que fue condenado injustamente.

Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia, el principio *ne bis in idem* va más allá de una mera prohibición de doble sanción. Hasta ahora, ha excluido, en particular, un nuevo enjuiciamiento por el mismo delito, incluso en caso de absolución, ya que la persona afectada también debe ser protegida de las incertidumbres existenciales de un segundo proceso penal en el mismo caso.²⁸

Desde el 30 de diciembre de 2021 existe a este respecto una nueva situación jurídica que permite una ruptura de la fuerza de la ley, es decir, la reapertura para algunos delitos enumerados de forma tasada también en perjuicio de la persona absuelta (Cfr. art. 362 núm. 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Cabe destacar aquí la confesión posterior a la absolución o los actos fraudulentos que influenciaron a la corte en su decisión de absolver.²⁹

El Tribunal Constitucional Federal

La competencia del Tribunal Constitucional Federal está regulado en los artículos 93 y 94 de la Ley Fundamental.³⁰

El **art. 93(1) GG** dispone:

El Tribunal Constitucional Federal decide:

1. Sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con ocasión de litigios sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano federal supremo o de otros participantes a los que la presente Ley Fundamental o el reglamento interno de un órgano federal supremo confieren derechos propios;

²⁸ BGH, decisión de 9 de diciembre de 2007.

²⁹ «Strafprozeßordnung», dejure.org, <<https://dejure.org/gesetze/StPO/362.html>>.

³⁰ «Gesetze im Internet», Bundesministerium der Justiz, <<https://www.gesetze-im-internet.de/>>.

2. En caso de diferencias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal y material de la ley federal o de la ley del estado federado con esta Ley Fundamental o la compatibilidad de la ley del estado federado con otra ley federal, a petición del Gobierno federal, de un gobierno del estado federado o de una cuarta parte de los miembros del *Bundestag*;

2a. En caso de divergencia de opiniones sobre la conformidad de una ley con los requisitos del apartado 2 del artículo 72, a petición del *Bundesrat*, del gobierno de un estado federado o de la representación popular de un estado federado;

3. En caso de diferencias de opinión sobre los derechos y obligaciones de la Federación y los *länder*, en particular en la aplicación de la legislación federal por parte de los *länder* y en el ejercicio de la supervisión federal;

4. En otros litigios de derecho público entre la Federación y los *länder*, entre diferentes *länder* o dentro de un *land*, salvo que exista otro recurso legal;

4^a. Sobre los recursos de amparo que pueden ser presentados por cualquier persona que alegue la violación por parte de la autoridad pública de alguno de sus derechos fundamentales o de alguno de los derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. Sobre los recursos de amparo interpuestos por los municipios y las mancomunidades por la violación del derecho de autogobierno previsto en el artículo 28 por parte de una ley, pero en el caso de las leyes del estado federado solo en la medida en que no se pueda presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional del estado federado;

4c. Sobre las quejas de las asociaciones contra su no reconocimiento como partido para las elecciones al *Bundestag*;

5. En los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

Por su parte, el **artículo 93(2) GG** establece:

El Tribunal Constitucional Federal decidirá también, a petición del *Bundesrat*, de un gobierno de un estado federado o de la representación popular de un estado federado, si, en el caso del apartado 4 del artículo 72, ya no existe la necesidad de una ley federal con arreglo al apartado 2 del artículo 72 o si ya no puede promulgarse una ley federal en los casos contemplados en la primera frase del apartado 2 del artículo 125 bis. La determinación de que la necesidad ha dejado de existir o de que la ley federal ya no podía promulgarse sustituirá a una ley federal en virtud del artículo 72, apartado 4, o en virtud del artículo 125 bis, apartado 2, frase 2. La solicitud en virtud de la frase 1 solo será admisible si un proyecto de ley en virtud del apartado 4 del artículo 72 o de la segunda frase del apartado 2 del artículo 125 bis ha sido rechazado en el *Bundestag* o no ha sido debatido y decidido en el plazo de un año o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el *Bundesrat*.

El tenor literal del **art. 93(3) GG** es el siguiente:

El Tribunal Constitucional Federal actuará además en los casos que la ley federal le asigne.

Los particulares que consideren que se han violado sus derechos fundamentales pueden, por tanto, presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con los números 4a y 4b del apartado 1 del artículo 93 de la Ley Fundamental y el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, solo pueden hacerlo después de agotar la vía judicial ordinaria, si no se trata de un caso de máxima urgencia.

Los estados federados individuales también tienen este derecho si consideran que su jurisdicción ha sido violada por el Gobierno federal u otros estados federados.

El procedimiento de litigio entre la federación y los estados federados ofrece a ambos la posibilidad de defender sus competencias en la estructura federal.

El trabajo del Tribunal Constitucional Federal es muy apreciado, y sus sentencias tienen un alto grado de aceptación entre la población. En Alemania, el Poder Judicial goza, en general, de buena reputación.

A continuación presentare dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal, una referida a una sesión de emergencia y otra a título de ejemplo de casación de una ley considerada inconstitucional.

Sesión de emergencia en respecto a los límites del control constitucional en la lucha contra la extorsión terrorista que amenaza la vida³¹

Los antecedentes:

Entre los años setenta y noventa del siglo pasado, en Alemania hubo una intensa actividad terrorista protagonizada por el grupo de extrema izquierda denominado Fracción del Ejército Rojo (RAF), que había sido fundado en 1968. Hasta la década de 1990, el grupo perpetró numerosos atentados en Alemania en los que fueron asesinadas treinta y cinco personas.

Hanns Martin Schleyer, en aquel entonces presidente de la Confederación de Asociaciones Patronales Alemanas (BDA) y de la Federación de Industrias Alemanas (BDI), así como antiguo *Untersturmbannführer* de las SS, fue secuestrado el 5 de septiembre de 1977 por la RAF y asesinado el 18 de octubre de

³¹ *Bundesverfassungsgericht* Sentencia del Primer Senado de 16 de octubre de 1977–1 BvQ 5/77. Límites del control constitucional en la lucha contra la extorsión terrorista que amenaza la vida.

1977. Su secuestro y el del avión *Landshut* por parte de un grupo de terroristas palestinos pertenecientes Frente Popular para la Liberación de Palestina (FPLP) tenían como objetivo chantajear a las autoridades para lograr la liberación de los miembros de la primera generación de la RAF encarcelados en las prisiones alemanas.

Anteriormente, el 27 de febrero de 1975, un comando de la organización terrorista Movimiento 2 de junio secuestró a Peter Lorenz, entonces presidente regional de la CDU de Berlín y secretario de Estado parlamentario del canciller federal y plenipotenciario del Gobierno federal en Berlín. En el caso de Peter Lorenz, el Gobierno alemán había cedido a las demandas de los terroristas y había liberado a cinco prisioneros condenados a prisión por actos de terrorismo, trasladándolos a Yemen del Sur, destino elegido por ellos y aceptada por el Gobierno de ese país. Sin embargo, cuatro de ellos regresaron a Alemania y cometieron más actos terroristas.

En abril de 1975, la RAF fracasó en la toma de rehenes en Estocolmo. Fue el primer intento de la RAF para conseguir la liberación de más miembros de la organización condenados por delitos de terrorismo.

A diferencia de lo que ocurrió en el caso de Peter Lorez, el Gobierno alemán de Helmut Schmidt decidió en varios gabinetes de crisis no ceder a las exigencias de los secuestradores, dado que cuatro de los terroristas liberados en 1975 volvieron a participar en los asesinatos,

El Gobierno mantuvo su postura de firmeza incluso después del secuestro del avión de pasajeros *Landshut* de Lufthansa: el avión (con 90 pasajeros) fue liberado en el aeropuerto de Mogadiscio (Somalia) en la madrugada del 18 de octubre de 1977 por agentes del Grupo 9 de la Guardia de Fronteras (GSG-9). En la prisión de Stuttgart, Andreas Bader, Gudrun Ensslin y Jan-Carl Raspe se suicidaron esa misma noche tras conocer la liberación de los rehenes. El mismo día que los secuestradores de Schleyer tuvieron noticia de la muerte de los miembros de la RAF encarcelados, asesinaron a su rehén.

Hanns-Eberhard Schleyer, abogado e hijo mayor del secuestrado, solicitó el 15 de octubre de 1977 al Tribunal Constitucional Federal una medida cautelar para que el Gobierno federal y los gobiernos de los estados federados implicados cumplieran las exigencias de los secuestradores de su padre. Ese mismo día se celebró una vista oral. El Primer Senado rechazó la solicitud esa misma noche y publicó la decisión a la mañana siguiente —I BvQ 5/77 Sentencia del Primer Senado del 16. Octubre de 1977 — Límites del control constitucional en la lucha contra la extorsión terrorista.

Las razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional Federal fueron las siguientes:

El artículo 2, párrafo 2, frase 1, en relación con el artículo 1, párrafo 1, frase 2, de la Ley General, obliga al Estado a proteger toda vida humana. Este deber de protección es amplio. Requiere que el Estado proteja y promueva esta vida; esto significa, sobre todo, protegerla de la interferencia ilícita de otros (BVerfGE 39, 1 [42]). Todos los órganos del Estado, en función de sus tareas particulares, deben guiarse por este mandamiento. Dado que la vida humana es un valor supremo, esta obligación de proteger debe tomarse especialmente en serio. II. El modo en que los órganos del Estado cumplen su obligación de proteger eficazmente la vida es, en principio, una cuestión que deben decidir bajo su propia responsabilidad. Ellos deciden sobre esto, qué medidas de protección son adecuadas y necesarias para garantizar una protección eficaz de la vida (BVerfGE loc. cit. p. 44). Su libertad en la elección de los medios para proteger la vida también puede limitarse a la elección de un medio concreto en casos especialmente graves, si la protección efectiva de la vida no puede lograrse de ninguna otra manera. Sin embargo, en contra de la opinión bastante comprensible de la demandante, tal caso no existe aquí. La especificidad de la protección contra la extorsión terrorista que pone en peligro la vida se caracteriza por el hecho de que las medidas necesarias deben adaptarse a la diversidad de situaciones singulares. No pueden normalizarse de antemano ni derivarse como norma de un derecho fundamental individual. La Ley Fundamental establece un deber de protección no solo hacia el individuo, sino también hacia la totalidad de los ciudadanos. El ejercicio efectivo de este deber presupone que los órganos estatales competentes están en condiciones de reaccionar adecuadamente a las respectivas circunstancias del caso individual; esto excluye en sí mismo la especificación de un medio concreto. Además, tal determinación no puede hacerse por motivos constitucionales, porque entonces la reacción del Estado sería calculable para los terroristas desde el principio. Esto haría imposible que el Estado protegiera eficazmente a sus ciudadanos. Esto estaría en contradicción irremediable con la tarea que le asigna el artículo 2 (2) frase 1 de la Ley Fundamental. Por las mismas razones, no se puede exigir una decisión esquemáticamente igual en todos los casos de secuestro desde el punto de vista del principio general de igualdad (artículo 3 [1] de la Ley Fundamental). En vista de esta situación constitucional, el Tribunal Constitucional Federal no puede prescribir una resolución específica a los órganos estatales competentes. Corresponde a los demandados decidir las medidas que deben adoptarse para cumplir los deberes de protección que les incumben.

El secuestro de Hanns Martin Schleyer no tuvo el efecto deseado por la RAF. La población no presionó al Gobierno federal para que accediera a las demandas de los secuestradores. La mayoría de la población estaba y está a favor de endurecer las medidas contra el terrorismo.

La decisión de ceder a las exigencias de los terroristas en el caso Lorenz fue rechazada por la mayoría de la población.

Ejemplo de casación de una ley con posterior regulación transitoria del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al nombre³²

Ejemplo de casación de una ley con posterior regulación transitoria del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho al nombre Decisión de 5 de marzo de 1991 (BVerfGE 84,9).

En esta decisión, el Tribunal Constitucional Federal tuvo que ir más allá de la mera casación de una ley y dictar una norma provisional que fuera válida hasta que el Poder Legislativo promulgara una ley conforme a la Constitución.

La regulación del artículo 1355 del Código Civil estipulaba que el apellido del marido se tomaría siempre como nombre de casados si la pareja no había determinado previamente otro nombre como nombre del matrimonio. Este precepto se declaró incompatible con el principio de igualdad de derechos en virtud del apartado 32 del artículo 3 de la Ley Fundamental. El tribunal determinó en su reglamento transitorio que en los casos en que los cónyuges no hicieran sus propios arreglos, cada uno mantendría el nombre que había utilizado hasta el matrimonio. En el caso de los hijos de este matrimonio, los padres podían elegir uno de los dos apellidos, o un nombre doble en cualquier orden. Si no tomaban una decisión, el niño recibía un nombre doble cuyo orden sería determinado por sorteo.

Como se observa, fue necesario que el Tribunal Constitucional Federal formulara reglas para evitar un «vacío legal», ya que una ley declarada inconstitucional deja de estar en vigor automáticamente.

Las reglas creadas por el Tribunal dejaron de aplicarse una vez que el Parlamento aprobó una ley conforme al principio de igualdad protegido por la Constitución.

En la actualidad, el § 1355 BGB el Código Civil alemán contiene las siguientes reglas:

Apellido conyugal

(1) 1. Los cónyuges determinarán un apellido común (apellido de casados). 2. Los cónyuges utilizarán el nombre de casados que hayan determinado. 3. Si los cónyuges no determinan un apellido conyugal, seguirán utilizando después del matrimonio el apellido que utilizaban en el momento de contraer matrimonio.

³² BVerfGE 84, 9.

(2) Los cónyuges podrán, mediante declaración ante el Registro Civil, designar como apellido de casados el nombre de nacimiento o el nombre de uno de los cónyuges utilizado en el momento de la declaración sobre la designación del apellido de casados.

(3) 1. La declaración sobre la determinación del apellido de casados se realizará en el momento del matrimonio. 2. Si la declaración se efectúa con posterioridad, deberá certificarse públicamente.

(4) 1. El cónyuge cuyo apellido no se convierta en el apellido de casada podrá, mediante declaración ante el Registro Civil, anteponer o añadir al apellido de casada su apellido de soltera o el apellido utilizado en el momento de la declaración sobre la determinación del apellido de casada. 2. Esto no se aplicará si el apellido de casada consta de varios apellidos. 3. Si el nombre del cónyuge consta de varios nombres, solo podrá añadirse uno de ellos. 4. La declaración podrá ser revocada ante el Registro Civil; en tal caso, no será admisible una nueva declaración con arreglo a la frase 1. 5. La declaración, si no se realiza ante un Registro Civil alemán en el momento del matrimonio, y la revocación deben certificarse públicamente.

(5) 1. El cónyuge viudo o divorciado conservará el apellido de casado. 2. Podrá, mediante declaración ante el Registro Civil, reanudar su nombre de soltera o el nombre que utilizaba hasta la determinación del nombre de casada, o anteponer o añadir al nombre de casada su nombre de soltera o el nombre que utilizaba en el momento de la determinación del nombre de casada. 3. El apartado 4 se aplicará *mutatis mutandis*.

(6) El apellido de soltera es el nombre que debe figurar en la partida de nacimiento de un cónyuge en el momento de la declaración ante el Registro Civil.

Para los hijos, de conformidad con el § 1616, 1617, 1617 a, 1617 b y 1617 c BGB, las reglas son las siguientes:

Si los padres están casados al nacer el niño:

Un niño cuyos padres están casados al nacer y tienen apellido de casados recibe el apellido de casados de los padres. No es necesaria la declaración del apellido.

Si los padres están casados en el momento del nacimiento del hijo y no tienen apellido de casados, se requiere una declaración del nombre de nacimiento para el niño

No obstante, si ya ha presentado una declaración de nombre para un hermano esta elección del nombre se aplica automáticamente a todos los demás hijos sin que sea necesario de una nueva declaración de nombre.

Si los padres no están casados cuando nace el niño:

A un niño cuyos padres no están casados en el momento del nacimiento se le suele dar el apellido de la madre al nacer. Si se desea este apellido, no es necesario declarar el nombre.

Si los padres desean un apellido diferente, el apellido puede cambiarse mediante una declaración de nombre.

No es posible asignar al hijo un doble nombre compuesto por los dos apellidos de los padres. Si los progenitores conservaron sus propios apellidos al casarse, el hijo solo podrá recibir uno de los dos apellidos.

Si no se ponen de acuerdo, el tribunal de familia asignará la decisión a uno de los dos progenitores. No es posible un doble nombre compuesto por los apellidos de ambos progenitores.

Custodia exclusiva.

Si la madre o el padre tienen la custodia exclusiva, el hijo recibirá automáticamente su apellido. Sin embargo, también puede decidir conjuntamente el nombre del otro progenitor que no tiene la custodia. Para ello necesitará el consentimiento del otro progenitor. Si el hijo tiene más de 5 años, él o ella también deberá estar de acuerdo con el cambio de nombre.

Cambio de nombre después del nacimiento.

Si la madre tiene la custodia exclusiva después del nacimiento, el hijo recibirá su apellido. Si esto cambia después del nacimiento, en el sentido de que a partir de cierto momento la custodia del hijo es compartida, puede cambiar el apellido del hijo en un plazo de tres meses. Si el hijo tiene más de 5 años, también deberá estar de acuerdo con el cambio de apellido.

Si se casa con el otro progenitor después del nacimiento y tienen un apellido común de casados, este apellido de casados se convierte automáticamente en el apellido del niño. Si el hijo tiene 5 años o más, también debe decidir si quiere aceptar el cambio de nombre. Si ambos progenitores conservan su propio apellido después del matrimonio, pueden decidir en un plazo de tres meses si el niño debe recibir el nombre del padre.³³

Cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en México, en Alemania las personas tienen solamente un apellido al nacer. La combinación usada en México (nombre/apellido paterno/apellido materno) nunca ha existido en Alemania.

Antes de la reforma, el nombre de una persona se formaba por el nombre y el apellido paterno. El apellido materno jamás formó parte del nombre. Aparecía únicamente en el acta de nacimiento, pero no en los documentos posteriores. Y así continúa siendo, con la diferencia de que el apellido puede ser el materno. Una persona que usa un apellido «doble» o está o estuvo casa-

³³ «Namensrecht & Sorgerecht», Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, <<https://familienportal.de/familienportal/lebenslagen/schwangerschaft-geburt/namensrecht-sorgerecht>>.

da, nació durante la vigencia de las reglas del Tribunal Constitucional Federal o excepcionalmente heredo un nombre doble.

Para poner un ejemplo: si una persona llamada López desea casarse con una persona de apellido García, ambos conservarán sus apellidos de solteros, a menos que al casarse declaren que quieren tener un apellido de casados. Entonces tendrán que escoger si este será López o García.

Si no hay declaración, cuando tengan hijos los padres tendrán que escoger uno de los apellidos para sus descendientes. No es posible darles ambos.

Si al casarse declaran que llevarán un apellido de casados —por ejemplo, García—, la persona cuyo apellido no fue seleccionado puede a continuación declarar que su apellido será García López. Los hijos tendrán el apellido García.

Si escogieron el apellido López, el otro cónyuge puede escoger apellidarse López o García. Los hijos tendrán el apellido López.

En vista de los cambios de leyes en el transcurso del tiempo y de que ahora en un matrimonio las parejas pueden tener apellidos diferentes y sus hijos solamente llevaran el apellido de uno de los padres, en Alemania ya no es posible reconocer inmediatamente las relaciones familiares o el estado civil de una persona basándose únicamente en su apellido.

VI. CONCLUSIÓN

La importancia del federalismo para Alemania no puede subestimarse. La estrecha interconexión de los órganos del Estado garantiza la paz interior y la seguridad jurídica y, por tanto, la prosperidad. A pesar de todos sus problemas, Alemania sigue siendo económicamente fuerte y goza de tranquilidad.

La división en estados federados relativamente autónomos satisface las necesidades de libertad e independencia de la población. Dentro de un marco de seguridad jurídica, cada estado federal puede adoptar decisiones teniendo en cuenta sus características regionales. Algunas propuestas de reorganización de Alemania —por ejemplo, fusionar varios estados federales— fracasan a causa de estas «idiosincrasias». Como ciudadana de Bremen, tengo un fuerte sentimiento de pertenencia a mi ciudad-estado, la Ciudad Hanseática Libre de Bremen.³⁴

³⁴ Putzger *Atlas und Chronik zur Weltgeschichte*, Cornelsen Verlag, p. 108; *Neue Chronik der Weltgeschichte*, Chronik Verlag, 273.

Posiblemente sea un anacronismo, un vestigio histórico. Igual que, a nivel europeo, lo son los Estados de Andorra, Mónaco, San Marino, o los españoles de Ceuta y Melilla en Marruecos, el enclave alemán de Büsingen en el Hochrhein en Suiza, el Kleine Walsertal como enclave austríaco en Alemania o Gibraltar que pertenece al Reino Unido y tantos otros. Todos ellos pueden seguir existiendo sin perturbaciones en un marco federalista o en la Unión Europea.

Hay deseos de poner en marcha algunas reformas, de regular ciertas materias y de introducir determinados cambios —por ejemplo, expedir una nueva ley electoral, aprobar de una ley de inmigración o establecer un reparto más justo de las cargas financieras— y cada vez es más intensa la voluntad ciudadana votar en la elección del presidente federal, pero solo una muy pequeña minoría de insatisfechos desea el retorno de un imperio, ya sea una monarquía o una dictadura.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- «Amtliche Funktionen». Der Bundespräsident. <<https://www.bundespraesident.de/DE/Amt-und-Aufgaben/Wirken-im-Inland/Amtliche-Funktionen/amtliche-funktionen-node.html>>.
- «Chronik 1977». Chronik der Mauer. <<https://www.chronik-der-mauer.de/chronik/>>.
- Deutsche Fernsehgeschichte. «Endlich Freiheit - 1989, das Jahr in dem die Mauer fiel (Dokumentation, 1994)». Video de YouTube, publicado el 03 de noviembre, 2016, <<https://www.youtube.com/watch?v=IqfwZII3DyW>>.
- DW Deutsch. «Eine Kommunikationspanne veränderte die Welt - 25 Jahre Mauerfall | Fokus Europa». Video de YouTube, publicado el 21 de noviembre, 2014, <https://www.youtube.com/watch?v=sNF_NwSySaU>. Conferencia de Prensa en la RDA anunciando la libertad para viajar.
- «Fünfprozenthürde», Deutscher Bundestag, <<https://www.bundestag.de/services/glossar/glossar/F/fuenfprozenthuerde-857038>>.
- «Gesetze im Internet». Bundesministerium der Justiz. <<https://www.gesetze-im-internet.de/>>.
- «Leitsatz zum Urteil des Zweiten Senats vom 20. Dezember 2007». *Bundesverfassungsgericht*. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2007/12/rs20071220_2bvr243304.html>.

Lexikon Verlag GmbH Verlagsgruppe Bertelsmann, t. 7, 361-362, y t. 9.

Lexikon Verlag GmbH, Verlagsgruppe Bertelsmann Buchnummer 084798, t. 6.

«Namensrecht & Sorgerecht». Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. <<https://familienportal.de/familienportal/lebenslagen/schwangerschaft-geburt/namensrecht-sorgerecht>>.

Neue Chronik der Weltgeschichte. Chronik Verlag.

«Picknick in die Freiheit Das paneuropäische Picknick in Sopron». Das Bundesarchiv. <<https://www.stasi-unterlagen-archiv.de/geschichten/die-stasi-im-jahr-1989/schlaglicht-paneuropaeisches-picknick/>>.

Putzger Atlas und Chronik zur Weltgeschichte. Cornelsen Verlag.

«Sommer 1989: Die große Flucht aus der DDR». Bundeszentrale für politische bildung. <<https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/293568/sommer-1989-die-grosse-flucht-aus-der-ddr/>>.

«Strafprozeßordnung». dejure.org. <<https://dejure.org/gesetze/StPO/362.html>>.

«Todesopfer: Chris Gueffroy». Chronik der Mauer. <<https://www.chronik-der-mauer.de/todesopfer/171315/gueffroy-chris>>.

«Zusammensetzung des Bundesrates». *Bundesrat*. <<https://www.bundesrat.de/DE/bundesrat/verteilung/verteilung-node.html>>.

Capítulo 7

LA «COMMONWEALTH BRITÁNICA»

Javier S. Eskauriatza*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REFLEXIONES METODOLÓGICAS SOBRE EL TEMA. III. DE LOS “ESTADOS”. IV. ¿QUÉ ES LA «COMMONWEALTH»? V. UNA ASOCIACIÓN VOLUNTARIA. VI. ¿PARA QUÉ ES LA COMMONWEALTH? VII. CONCLUSIÓN. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las primeras dos décadas del siglo XXI han sido catastróficas para los británicos. El horroroso legado de las aventuras militares en el medio oriente; la crisis financiera de 2008; el incomprensible *Brexit* votado en el referéndum de 2016 —una separación de la UE que no solo erige fronteras comerciales con nuestros socios en el continente europeo, sino que también nos divide, separando a Irlanda del Norte de Gran Bretaña y fomentando el nacionalismo escocés—, y finalmente, la pésima respuesta gubernamental al desafío del coronavirus, que dejó doscientos diez mil muertos.

Podríamos debatir largo y tendido sobre las raíces y las razones de esta debacle: las tendencias globales, la desinformación, «los rusos», el dinero sucio, el grupo de «líderes» narcisistas graduados de la Universidades de Oxford y Cambridge (Michael Gove, David Cameron, George Osborne, Theresa May, Boris Johnson, ahora Rishi Sunak, etcétera), tan engrèidos y privilegiados, y tan inadecuados y superados por la situación actual. Sin embargo, prefiero dejar simplemente apuntados todos estos factores a la manera de marco de fondo para centrarme en el tema que nos convoca en este congreso: ¿Qué puede aprender México de otros países en materia de federalismo judicial? Agradezco que me hayan concedido plena libertad para interpretar y exponer la cuestión.

* Universidad de Nottingham, Facultad de Derecho, Reino Unido.

II. REFLEXIONES METODOLÓGICAS SOBRE EL TEMA

La metodología adecuada para una investigación está siempre vinculada a las cuestiones específicas que son planteadas,¹ la pregunta ¿qué dice la ley acerca del tema de X? requiere un estudio enfocado en la doctrina para identificar e interpretar a las normas jurídicas relevantes antes de llegar a una conclusión. Pero, para dar respuesta a preguntas tales como ¿es la ley efectiva? o ¿deberíamos tener esta ley?, debemos dejar a un lado la doctrina y evaluar la situación legal desde alguna perspectiva externa. En este sentido, también podemos adoptar una postura crítica para la que el tema nos brinda la oportunidad de cuestionar la propia pregunta.

En relación con este congreso, y como han dicho otros intervinientes en su presentación (por ejemplo, el Dr. Rodrigo Camarena), lo correcto es suponer que debo abordar mi tema en el contexto del congreso. Es decir, no se trata de hablar de la *Commonwealth* británica en abstracto sino que lo que interesa es entender algo sobre la historia, la naturaleza y el funcionamiento de la *Commonwealth* y reflexionar sobre la cuestión de si puede ser interesante o aleccionador para el federalismo judicial mexicano.

Ahora bien, aquí surge el primer problema (para mí, y quizás para los demás conferenciantes que desconocemos el sistema jurídico mexicano) porque antes habría que entender bien los retos y las dificultades que enfrenta el Poder Judicial mexicano para identificar con exactitud el aspecto de la *Commonwealth* británica que deberíamos abordar. Por lo tanto, prefiero seguir la línea del exembajador Dr. Christopher Landau y adoptar una postura humilde que no pretenda explicar o delinear las soluciones. El riesgo de esta perspectiva es que una investigadora mexicana podría fácilmente decir: «Bueno pues está bien lo que dices pero no es muy relevante para nosotros». Pues sí, está bien, aunque también es cierto que es valioso saber que México quizás puede aprender poco de la *Commonwealth* británica en lo que respecta al federalismo judicial.

Pero no nos adelantemos. A pesar de estas complicaciones metodológicas, me parece que puedo intentar aclarar algunos aspectos de la Constitución del Reino Unido y de la historia, la naturaleza, y el funcionamiento de la *Commonwealth* británica para que, posteriormente, quienes conozcan a los retos del sistema mexicano identifiquen un tema de interés para seguir profun-

¹ Tamara Hervey, Robert Cryer, Bal Sokhi-Bulley, y Ali Bohm, *Research Methodologies in EU and International Law*, (Lodres: Bloomsbury Publishing 2011).

dizando en la investigación colaborativa. Una mesa de trabajo dedicada a la pregunta «¿qué tiene que ver la *Commonwealth* británica con el federalismo mexicano?» sería una buena manera de comenzar. Porque sin duda, como ha observado el profesor Paul Garner, de la Universidad de Leeds (Reino Unido), el imperio británico nunca ejerció en México un «dominio honorario» como lo hizo quizás en Brasil, Chile, y Argentina. Después de 1867, México se miró cada vez más en el espejo de nuestros primos, los estadounidenses, que no están en la *Commonwealth*.

III. DE LOS «ESTADOS»

Colaborando de esta manera, podríamos imaginar muchas líneas de investigación diferentes. Por ejemplo, podríamos centrarnos en la comparación entre las relaciones internas de las entidades federativas de México, los países del Reino Unido y, en el caso de la *Commonwealth*, los diferentes países miembros. Existen muchas otras posibilidades, pero entre todas estas líneas de investigación destaca una cuestión teórica que es clave y necesita ser abordada antes de empezar: el concepto del «estado».

El estado de México, Sinaloa, y Veracruz, por ejemplo, son entidades federativas de un país, los Estados Unidos Mexicanos, conocido coloquialmente como México. Reconozcamos entonces que el concepto del «estado» hace referencia a dos cosas: a una entidad federativa y a un país. Esto es muy importante en el marco de una comparación entre la *Commonwealth* británica y la federación mexicana judicial. Sin embargo, dejemos esto por el momento para investigar un tema de este congreso, a saber, la división del poder entre el centro y las entidades federativas. Quizás sería interesante para los asistentes conocer algunos, aspectos de la organización del poder en mi país.

1. *La Constitución británica*

Se dice que no tenemos constitución, pero esto no es cierto. Como bien señaló el Dr. Ricardo Sodi Cuellar, los estados de la federación mexicana se definen jurídicamente como estados «libres y soberanos». Luego, si lo entendí bien, nos explicó desde una perspectiva sociológica que los estados podían ser todavía más libres y soberanos. Es verdad que, al comparar la situación de México con la de los EE. UU., el exembajador Dr. Christopher Landau expresó su acuerdo con las tesis del Dr. Ricardo Sodi. Me parece que el centralismo mexicano (concebido como un freno o un obstáculo) ha destacado como una suerte de metatena del congreso.

Con la advertencia de que no soy experto en este tema, me permito expresar mi acuerdo con el argumento a favor de una «devolución de poderes» en términos generales. Obviamente, el término «devolución» puede sonar raro, pero para los británicos es sinónimo de la descentralización de poderes, que es una característica de la Constitución del Reino Unido —sí, aunque algunos se han equivocado en sus presentaciones, por supuesto que el Reino Unido tiene una constitución jurídico-política—. Las múltiples crisis constitucionales que hemos experimentado en los últimos años son la mejor prueba de ello.

Los que hablan de la Constitución británica, desconocen del tema y afirman que es una constitución «no escrita». De hecho, la mayor parte de la Constitución está escrita. Lo que sucede es que no se encuentra en un solo documento sagrado. La Constitución del Reino Unido se encuentra «diseminada» en varios estatutos constitucionales (*Bill of Rights 1689*; *Scotland Act 1998*); en las convenciones (el rey actúa de acuerdo a los consejos de sus ministros; el rey nombra primer ministro a la persona que con mayor probabilidad obtendrá la confianza de la Casa de Comunes, es decir, del Legislativo); en las decisiones judiciales y en los tratados.

Otra cosa que puede resultar extraña es que no hay una corte constitucional *per se*. Sin embargo, la Constitución tiene muchos guardianes —por supuesto, la Suprema Corte del Reino Unido, pero también la Comisión electoral, los comités de la Cámara Revisora y el Comité de Asuntos Constitucionales—. Trabajamos en equipo.

De cualquier modo, el principio fundamental es la supremacía parlamentaria. El Parlamento, sin embargo, puede también autolimitarse (*Human Rights Act, 1998*) y devolver poderes a las naciones partes del reino (*Scotland Act, 1998*).

Esta realidad institucional nos brinda la oportunidad de pensar un momento sobre la siguiente cuestión: ¿por qué existen las constituciones codificadas? Normalmente, son el resultado de una revolución, de un proceso de independencia, de una derrota en una guerra «mundial» —o de igual magnitud— o del completo colapso del sistema de gobierno. Ninguno de estos procesos ha sucedido en el Reino Unido, y por ello nunca ha habido la necesidad de crear un texto que defina las reglas constitucionales. La única excepción fue la ejecución de Carlos I en 1649, que dio lugar a la república de Cromwell (1649–1660). La revolución produjo un documento que contenía los instrumentos de gobierno, un texto escrito, y esto de cierto modo fue una constitución escrita, pero el gobierno de Cromwell fue un desastre que duró solo once años antes de que las elites políticas buscaran el retorno al sistema monárquico.

En el marco temático de este congreso, es importante profundizar en unos de estos temas. El Reino Unido está compuesto por diferentes países o, digamos, naciones. En este caso, Inglaterra, Escocia, Irlanda del Norte y País de Gales son países distintos con una historia diferenciada y una cultura particular. En 1998, el ex primer ministro Tony Blair supervisó una de las más grandes reformas de la Constitución. Los actos parlamentarios del 1998 cedieron poderes legislativos y ejecutivos a:

- La asamblea de Gales (Gobierno del País de Gales);
- El Parlamento escocés (Gobierno de Escocia); y
- La autoridad de la zona metropolitana de Londres, y a otras zonas conurbanas.

La situación de Irlanda del Norte es diferente. Está regulada por un tratado que es, a la vez, un tratado entre el Gobierno irlandés, el Gobierno del Reino Unido y un acuerdo entre los diferentes poderes políticos en Irlanda del Norte y los dos gobiernos.

El sistema de devolución es asimétrico, el parlamento de Escocia, y las asambleas de País de Gales e Irlanda del Norte tienen poderes legislativos y ejecutivos, pero Londres y las demás autoridades locales solo tienen poderes ejecutivos. Eso sí, hay una división de competencias, el Parlamento escocés no pudo hacer nada para evitar que ciudadanos escoceses participaran en la invasión de Iraq ni para prevenir el *Brexit*, pero sí tomó e implementó las decisiones pertinentes en relación con la pandemia.

Desde el punto de vista jurídico, el Reino Unido tiene tres jurisdicciones diferenciadas. Inglaterra y Gales la comparten por el simple hecho que estas dos naciones han formado parte de una unión política desde el siglo XII. No puede decirse lo mismo de Escocia e Irlanda del Norte. Estas son dos jurisdicciones distintas. La Suprema Corte del Reino Unido, radicada en Londres, tiene jurisdicción global en ciertas materias (por ejemplo, la política exterior).

En cuanto al derecho que se aplica, este se encuentra en:

- Los actos del Parlamento (estatutos);
- Las directivas y regulaciones de la Unión Europea (sin embargo, pues ya no);
- Las convenciones y costumbres;
- Los tratados (siempre y cuando sean transformados en actos parlamentarios);

- El *Common Law* (la jurisprudencia de las cortes en diferentes materias de acuerdo con un sistema de precedente); y
- El sistema de *equity* (los principios de equidad desarrollados por las cortes que modifican el *Common Law*).

Este sistema jurídico depende mucho más de la experiencia que un sistema basado en los códigos civiles y penales. Para los *common lawyers* cuando surge un caso nuevo la pregunta es: «¿hubo un caso similar?». Me imagino que los abogados en México están más acostumbrados al sistema continental o de *Civil Law*, en el que la cuestión es: «¿dónde está el código y cuál es la regla que se aplica al caso?».

¿Esto es federalismo? No. Todo esto es reversible. La situación actual es producto de los estatutos parlamentarios del 1998. El Estado (es decir, el Reino Unido) sigue siendo un estado unitario —una monarquía parlamentaria constitucional—. En principio, si el próximo gobierno controla un número suficiente de escaños en Westminster, podría retomar todos los poderes que fueron devueltos por el gobierno laborista de Tony Blair.

Pero el tema que me han sugerido es la *Commonwealth* británica. ¿Qué tiene que ver todo esto con la *Commonwealth*? El estudio de esta demanda una perspectiva más amplia, histórica, que requiere el apoyo del marco teórico del derecho internacional público.

Volvamos, pues, al análisis: para el derecho internacional público, el «Estado» del que hemos hablado es el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Al derecho internacional público no le importa si el Estado es una dictadura o una república, una monarquía religiosa u otra cosa. Siempre y cuando se cumplan los requisitos del derecho internacional público, el estado nace y forma parte de la sociedad internacional. Esto no quiere decir que no existan ciertas anomalías —como el Vaticano y la Orden de Malta— y controversias —entre otras, Kosovo, Palestina y Taiwán²—.

Los Estados no son los únicos actores en el sistema jurídico internacional, pero son, con mucho, los más importantes. Si teníamos alguna esperanza de que las compañías multinacionales, la tecnología, o el mismísimo Elon Musk nos podían o querían salvaguardar. La pandemia global se encargó de demostrarnos la relevancia de los Estados. Eso sí, como nos explicó el exembajador Laudau, algunos Estados —tal fue el caso de EE. UU.— decidieron que las de-

² James Crawford ed., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 82012, parte II; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 92021, capítulo 5.

cisiones debían tomarse al nivel subnacional. También, en el Reino Unido, las diferentes naciones impusieron normas distintas sobre este tema. Todo esto puede sonar un poco laborioso, pero es importante desde la perspectiva de la investigación socio-jurídica e histórica. En el contexto de una investigación que analiza el sistema judicial de México y las relaciones judiciales entre los países de la *Commonwealth* británica, si no acabamos de entender las dos acepciones de la palabra «Estado», puede suceder que nuestros resultados revelan mucho menos de lo que confunden.

Y es que hay una gran diferencia entre los estados que son entidades autónomas en una federación (como el estado de México) y los Estados que son miembros de una asociación voluntaria internacional como la *Commonwealth* británica. Para entender mejor esta diferencia, analicemos lo que está sucediendo hoy en día en la federación Rusa, un Estado compuesto de entidades federativas como México.

Después de varias pérdidas en el campo de batalla, el presidente de la federación Rusa, Vladimir Putin, impuso una política de reclutamiento forzoso de los ciudadanos para llevar a cabo la guerra de agresión en contra de Ucrania. En cuanto jefe de la federación, el presidente Vladimir Putin tiene el poder y la autoridad para imponer ciertas reglas a los estados federados. Ahora bien, la conscripción obligatoria no es algo extraño o raro. Muchos países —por ejemplo, Israel, Finlandia, y Corea del Sur— tienen leyes que establecen la conscripción obligatoria. Eso sí, siempre se supone que la razón es la necesidad de defender al Estado y no iniciar una guerra agresiva (el caso de Israel puede ser debatible).

En el caso ruso, una pregunta relevante es si las entidades federativas deben seguir las órdenes de Vladimir Putin. Se trata de una cuestión que ha de dirimir el derecho constitucional ruso. Desde la perspectiva del derecho internacional, aunque sea una cuestión interna, compromete las obligaciones internacionales de Rusia —especialmente, las obligaciones relativas a los derechos humanos y el derecho internacional penal—. Por ejemplo, existe la posibilidad de que el reclutamiento forzoso de ciudadanos rusos para obligarlos a participar en una guerra de agresión constituya un crimen de lesa humanidad tipificado el Estatuto de Roma.³ Cabe señalar que lo que está haciendo Rusia en las regiones ocupadas de Ucrania (en concreto, Crimea) viola los Convenios de Ginebra, en especial el artículo 51 GC IV.⁴

³ Véase artículos 7(1) (d), (e), (f), (h) Estatuto de Roma.

⁴ «Geneva Conventions IV, Art 51», *International Humanitarian Law Databases*, <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/WebART/380-600058>>.

Ahora bien, en una asociación voluntaria de Estados como la *Commonwealth*, actualmente no existe una autoridad central que pueda decretar el reclutamiento forzoso de esta manera o legislar para todos los Estados miembros de la asociación. Es verdad que durante la Primera Guerra Mundial, el Reino Unido ordeno la conscripción, pero a lo largo del siglo XX y tras la desintegración del Imperio británico la naturaleza de las relaciones entre los Estados miembros de la *Commonwealth* ha cambiado mucho. A pesar de que el rey Carlos III del Reino Unido sea la cabeza simbólica de la *Commonwealth*, y el jefe de Estado en catorce países de la asociación (como Australia y Canadá), el Imperio británico ya no existe y no hay manera de que, a través de la *Commonwealth*, los derechos de las naciones independientes sean desplazados.

Este hecho puede confundirnos mucho. ¿Cómo puede ser que el rey del Reino Unido sea también rey de Australia?, ¿quién decide esto?, ¿cuál es la relación entre la situación actual y la de los tiempos del Imperio británico?, ¿qué poderes tiene el rey en los estados donde es jefe de Estado? Es hora de investigar un poco más sobre esta organización *sui generis*, la *Commonwealth*.

IV. ¿QUÉ ES LA «COMMONWEALTH»?

Pareciera que tuviera ganas de confundirles —no es el caso—. Sin embargo, debo empezar con otra cuestión semántica relacionada con algunas de las entidades federativas del vecino del norte. Porque existen algunos estados en el territorio de los E.E. U.U. que se autodefinen como «*Commonwealth*» (por ejemplo, la «*Commonwealth* de Pennsylvania»). Es importante reconocer que, aunque usen la denominación «*Commonwealth*», la naturaleza política de estos estados no tiene nada que ver con la asociación internacional de la que estamos hablando. Los E.E. U.U. no son miembros de la *Commonwealth* británica. Por razones históricas, Pennsylvania y otros estados han decidido autodefinirse como una «*Commonwealth*», pero son entidades federativas como todas las que conforman un Estado federal.

Sin embargo, este hecho nos brinda una oportunidad para pensar en el significado de la palabra «*Commonwealth*» y su atractivo para las comunidades políticas. La palabra combina dos ideas: obviamente, «*common*» es un concepto conocido derivado del latín *communis*. Pero «*wealth*» deriva de «*wele*» una palabra inglesa del siglo XII que significa «prosperidad en abundancia de riqueza» o también «alegría». «*Wealth*» comparte raíz etimológica con «*health*» (y además, suena igual), y esta se refleja en el concepto de «*wellbeing*».

Entonces, puede afirmarse el concepto «*Commonwealth*» hace referencia a la alegría, la salud, o la prosperidad en común. Es fácil entender, entonces, las

razones de que la palabra ha sido atractiva para describir, pero también para justificar, comunidades políticas diferentes.

Para nuestros oídos modernos, «la prosperidad en común» no parece describir muy bien al Imperio británico, a no ser que lo definamos a la manera orwelliana. Desde luego, el imperialismo británico no fue del todo un proyecto benigno y que muchas de las colonias del imperio fueron espacios de explotación. Esto no quiere decir que muchos emprendedores británicos —contratistas, inversores— no fueran figuras claves en el desarrollo nacional de muchos países. En México, por ejemplo, durante el porfiriato, personas como Weetman Pearson y otras fueron contratadas por el Gobierno mexicano por su gran experiencia y sabiduría tecnológica en el desarrollo de las obras públicas. La construcción del Gran Canal de Desagüe, y la reconstrucción y administración del Ferrocarril Nacional de Tehuantepec son ejemplos no tanto de la naturaleza extractiva del imperio británico cuanto del comienzo o desarrollo de la globalización.⁵

Hablar del imperio a veces oculta el hecho de que había muchas diferencias entre la forma de gobernar los diferentes territorios del Imperio británico. Algunos lograron un alto nivel de autodeterminación ya a finales del siglo XIX. Esta semi-independencia produjo una necesidad política de reconocimiento y distinción entre diferentes entidades, dominios y colonias del vasto imperio que se extendía en el 25 % del territorio del planeta. ¿De qué entidades estamos hablando?

Pues bien, una manera de entender el nacimiento de la idea de la *Commonwealth* es interpretar la arquitectura de Londres. La historia de las naciones está escrita en su arquitectura. Cualquiera que visite a Londres podrá ir a *Trafalgar Square*. Este es el espacio público más importante de la ciudad y del Reino Unido; en su momento, fue el centro simbólico de la llamada «anglo-esfera» y actualmente sigue siendo el centro simbólico de la *Commonwealth*. ¿Qué podemos encontrar ahí? Al este de la plaza es imposible ignorar la presencia de dos edificios imponentes: *Canada House*, donde está radicado el Alto Comisionario de Canadá, y *South África House*, que actualmente es la embajada de la República de Sudáfrica. Hacia *Piccadilly*, está *New Zealand House*. Si uno se desplaza un poco hacia *Aldwych*, verá que allí están *Australia House* e *India House*. Finalmente, entre ambas está *Bush House*, antigua sede de la *BBC World Service*, el centro de la comunicación de la *Commonwealth*. En *Trafalgar Square* están, pues, las claves para entender el nacimiento de este club de paí-

⁵ Paul Garner, *Leones británicos y águilas mexicanas – Negocios, política e imperio en la Carrera de Weetman Pearson en México, 1889-1919*, (México: Fondo de Cultura Económica, 2013).

ses y también para comprender algo de la política interna del Reino Unido. La arquitectura expresa una nostalgia de la grandeza del pueblo anglosajón que sigue teniendo un impacto importante en el discurso político de la nación —repárese simplemente en lo efectiva que fue la idea de «*Global Britain*» en la debacle, por no decir el desastre, del *Brexit*—.

Para todas las demás colonias, con excepción del caso especial de Irlanda, Londres hablaba por ellas y, como todos sabemos, la colonización de muchos territorios en África, Asia y las Américas fue diseñada para enriquecer al centro imperial. Los imperios europeos, por lo general, fueron diseñados para extender las formas y las normas políticas, jurídicas, y económicas fundamentales del capitalismo por todo el planeta a través del Derecho internacional.⁶ La llamada globalización no surgió de la nada, sino que fue una política pública, una idea, que comporta a la construcción de un nuevo terreno de juego. Y dentro del concepto está la pura lógica del capitalismo —la expansión indefinida en busca del crecimiento—.

En este sentido, los países poscoloniales como México y los países de la *Commonwealth* ya tienen mucho en común: aprendieron mucho en la fase inicial de la globalización impulsada por imperios europeos. La expansión imperial aseguró que los territorios y los pueblos del mundo fueran gobernados (y gobernables) por un sistema de leyes y conceptos político-jurídicos del liberalismo político y económico europeo. ¿No les resulta extraño que la forma política-jurídica de los Estados es básicamente similar en todas partes del mundo?

Pensemos en la separación de poderes, la división entre las esferas pública y privada, la figura del abogado, la del economista, la religión, el sistema educativo, la globalización de la cultura, las guerras galácticas y los juegos de tronos, la nueva «economía azul» y el desarrollo sostenible, el respeto a las fuerzas armadas, el mundo de las embajadas y los derechos diplomáticos con sus inmunidades y protocolos, la internacionalización del capital, las bolsas de valores y los mercados financieros, los medios de comunicación, los paraísos fiscales, la extracción de minerales, el dólar, el auto, y el celular. En Toluca, Tokio, y Tottenham, muchos aspectos de nuestras vidas son casi idénticos.

Actualmente, esta transferencia de normas y formas ya no es unidireccional y tampoco quiero decir que los conceptos públicos y privados fundamentales no existieran antes del imperialismo europeo. Por ejemplo, el mercado

⁶ Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

siempre ha existido y la figura del representante de una comunidad en el extranjero (el diplomático) es tan antigua como las propias naciones. Pero cuando consideramos las formas políticas existentes y el lenguaje que usamos para analizarlas y evaluarlas es difícil ignorar el origen de los conceptos con los que las designamos.

Este paseo por la historia nos ayuda a entender las realidades actuales de la *Commonwealth*. Si el Imperio británico es parte de la historia dolorosa de la *Commonwealth*, ¿por qué, una vez desintegrado el imperio británico los países nuevamente independizados como Pakistán, Malasia, y Nigeria quieren (y eligen) seguir siendo miembros de una asociación internacional que identifica la lealtad a la Corona británica como requisito de membresía? Antes de contestar esta pregunta, es necesario entender el modo en que el significado de la *Commonwealth* fue modificándose para responder a las realidades del fin del imperio británico. Hubo de cierto modo un «rebranding» que permite una transformación en la realidad de la *Commonwealth*.

En 1926, después de la Primera Guerra Mundial, la Declaración de Arthur Balfour concedió un nuevo estatus a ciertas comunidades del imperio británico —ya las conocemos: Canadá, Australia, Nueva Zelanda, ciertos territorios ahora canadienses como Terranova, Sudáfrica, y al Estado Libre Irlandés—. Estos territorios fueron denominados «comunidades autónomas en el Imperio británico [...] de ninguna manera subordinados entre ellos en cualquier respeto [...] unidos por lealtad a la Corona, y libremente asociados como miembros de la *Commonwealth* británica de naciones».⁷ De esta manera, podemos entender la «*Commonwealth*» como el principio del final del Imperio británico, una palabra que anunciaba el comienzo de la llegada de la autoterminación. La desintegración del Imperio generó una modernización en el concepto de la *Commonwealth* que fue acelerado por el tema de la India. Después de la Segunda Guerra Mundial, India quería ser una república independiente, pero a la vez deseaba seguir siendo parte de la *Commonwealth*. En 1949, en Londres, los primeros ministros del Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, India, Pakistán y Ceylán (ahora Sri Lanka) y el secretario de Estado en Relaciones Exteriores de Canadá celebraron una conferencia para considerar el efecto de estos cambios. Las palabras del primer ministro Nehru nos suministran una idea del acuerdo: «La *Commonwealth* no es un superestado [...] Hemos aceptado considerar al rey como el símbolo de esta libre asociación. Pero en cuanto a la Constitución de India, el rey no tiene

⁷ Clause II, *Committee on Inter-Imperial Relations, 1926 Imperial Conference*, 1926.

ningún lugar y no le debemos lealtad».⁸ Poco después, en 1953, apenas iniciado su reinado, Isabel II reconoció que la *Commonwealth* «no se parece a los imperios del pasado», y añadió que era «una concepción completamente nueva construida sobre las más altas cualidades del espíritu del hombre: amistad, lealtad y el deseo de libertad y paz [...] una asociación igualitaria de naciones y razas».⁹

V. UNA ASOCIACIÓN VOLUNTARIA

Esta historia no termina de explicar cuál es, actualmente, la naturaleza jurídica de la *Commonwealth*. Lo que está claro es que no encaja en las categorías tradicionales que describen la asociación de los Estados.¹⁰ No es una confederación porque no existe una autoridad común con el poder de actuar en nombre de todos los miembros. No es una unión política (como la Unión Europea). Tampoco es una organización internacional como el Banco Mundial o las Naciones Unidas.

Hoy en día, la *Commonwealth* se autodefine como una asociación voluntaria de cincuenta y seis países, la gran mayoría de los cuales son antiguas colonias del Imperio británico.¹¹ Propongo, entonces, que es mejor definir la *Commonwealth* como una especie de G7. En este sentido, puede considerarse una versión primitiva de algunas estructuras informales de cooperación que ahora son favorecidas por los Estados (por ejemplo, G7, GAFI, etcétera).¹² Una posible analogía en el mundo iberoamericano sería la Organización de Estados Iberoamericanos, que celebrará su próxima cumbre en República Dominicana.

La *Commonwealth* es una asociación extensa cuyos miembros pertenece a diversas áreas regionales. Por ejemplo, en Norteamérica, Canadá, en Centroamérica Belice y varios países caribeños. En Sudamérica, Guyana... La asociación

⁸ J.E.S. Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, (Londres: Steven & Sons, 1963) 83.

⁹ «The Queen's Diamond Jubilee», *Commonwealth Network*, <<https://www.commonwealthofnations.org/commonwealth/head-of-the-commonwealth/the-queens-diamond-jubilee/>>.

¹⁰ Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, *op. cit.*

¹¹ Cualquier nación puede asociarse con la *Commonwealth*. Los últimos en unirse fueron los países africanos Togo y Gabón en 2022.

¹² Jan Klabbbers, «Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law», *Nordic Journal of International Law*, (2001): 403-421; Eyal Benvenisti, Eyal y W. Downs, George W., «The Empire's New Clothes – Political Economy and the Fragmentation of International Law», *Stanford Law Review*, April (2010): 595.

cuenta con 2,5 mil millones de personas. Además, nada previene su crecimiento porque, a pesar de su particular historia cualquier país, incluso México, puede aplicar para ser miembro de la *Commonwealth*. Veamos entonces cuáles son los requisitos para acceder a la asociación. En 2007, en la cumbre de jefes de Gobierno de la *Commonwealth* se establecieron los siguientes criterios:

- i) El país debería mantener una asociación constitucional histórica con un miembro existente del *Commonwealth*, salvo en circunstancias excepcionales.
- ii) El país debe aceptar y cumplir los valores fundamentales, los principios, y las prioridades establecidas en la Declaración de Principios del *Commonwealth* de 1971, acordada en Singapur.
- iii) El país debe demostrar un compromiso con la democracia y procesos democráticos, incluyendo las elecciones libres y legislaturas representativas, el Estado del derecho, la independencia del sistema judicial, el *good governance* incluyendo la transparencia de las cuentas públicas, y la protección de los derechos humanos, la libertad de expresión y la igualdad de oportunidad.
- iv) El país debería aceptar las normas y convenciones de la *Commonwealth*, entre ellas el uso del inglés como el medio de relaciones entre países miembros y el reconocimiento de la corona británica como cabeza de la *Commonwealth*.

Difícilmente podemos imaginar que a México le interese. Pero a otros sí.

Los últimos países en unirse a la *Commonwealth* son las repúblicas africanas y francoparlantes de Togo y Gabón. Esto resulta interesante y demuestra lo atractivo que para algunos países es formar parte de esta asociación. Ruanda se unió en 2009 y Mozambique en 1995. Tampoco estos países tienen vínculos históricos con la corona británica, ¿por qué se unieron?, ¿qué ven en la *Commonwealth*?

El analista de *Chatham House*, Paul Melly, escribe que estos países «ven a la organización como una red útil de influencia diplomática y cultural, y para ejercer un “*soft power*” en el escenario mundial». ¹³ Puede ser, pero la verdad es que la *Organisation Internationale de la Francophonie* también está creciendo. Por razones diplomáticas, culturales y económicas, muchos países son miembros de ambas organizaciones.

¹³ Paul Melly, «Why ex-French colonies are joining the Commonwealth», *BBC News*, 29 June 2022.

Igualmente, para algunos países la relevancia de la *Commonwealth* es cuestionable y quizás la perciban como un anacronismo. Barbados se declaró república y salió de la *Commonwealth* en 2021 y Jamaica tiene previsto celebrar un referendo sobre la cuestión de su membresía. Lo que está claro es que la perspectiva que importa es la que surge de la política interna de los países.

VI. ¿PARA QUÉ ES LA *COMMONWEALTH*?

Quisiera terminar mi intervención diciendo algunas palabras sobre el funcionamiento de la *Commonwealth*, la cual trabaja con los Estados miembros para promover ciertos principios y modelos de gobierno de la democracia liberal como son el *good governance*, la resolución pacífica de disputas y el fortalecimiento del Estado de derecho. Lo hace a través de reuniones, investigaciones académicas/científicas y la producción de textos y publicaciones relacionados con ciertos temas, por ejemplo, el medio ambiente y las elecciones.

En relación con la democracia, la *Commonwealth* se centra en la observación y la evaluación de las elecciones de ciertos Estados miembros. El 7 octubre 2022 se celebraron elecciones generales en el Reino de Lesoto y la *Commonwealth* envió un equipo para observar y considerar los factores que eventualmente afectan la credibilidad del proceso electoral. Los grupos de observación son independientes y autónomos. Normalmente, están liderados por una figura política de cierto prestigio o personas eminentes en diferentes campos, entre ellos parlamentarios, expertos legales, expertos en cuestiones de género y especialistas en derechos humanos y en los medios de comunicación. Eso sí, los observadores despliegan su actividad después de haber recibido una invitación del Estado miembro (en este caso, la Comisión Electoral de Lesoto). La *Commonwealth* no tiene derecho a realizar tareas de observación sin estar invitado a ejercerlas.

Uno supone que en la federación mexicana este tipo de trabajo lo hace alguna institución federal y que el desarrollo de su tarea no depende de la invitación de las entidades federativas. Después de todo, estamos hablando de elecciones internas. Pero las relaciones entre los Estados miembros de la *Commonwealth* están sujetas a las reglas del derecho internacional público que regulan las relaciones entre todos los Estados, sean o no parte de la *Commonwealth*. Esto se percibe aún más cuando consideramos la cooperación entre los Estados en asuntos penales.

La operación de la justicia es un tema clave para la *Commonwealth*. La Oficina para la Reforma de la Justicia Civil y Penal es el centro de la producción y distribución de conocimientos en este tema. La *Commonwealth* es un club donde se reproducen modos de pensar dominantes. Genera modelos de legislación,

estándares y puntos de referencia. Por ejemplo, en materia de anticorrupción, guías sobre reformas institucionales y publicaciones relativas la ciberseguridad. También hay un manual sobre resolución de controversias y otro sobre las pruebas electrónicas, textos sobre la persecución de crímenes internacionales, el combate al terrorismo y la cooperación en asuntos penales. En la reunión celebrada en Edimburgo (Escocia) en 2008, los ministros de Justicia de la *Commonwealth* subrayaron la importancia de la voluntad política de los Estados miembros para aplicar el esquema de cooperación acordado en la ciudad de Harare (Zimbabue). La razón de ser de este esquema es agilizar la cooperación entre miembros del *Commonwealth* en asuntos penales, entre ellos la identificación y localización de personas, la toma de pruebas o las declaraciones de las personas, el mantenimiento del servicio de documentación, la realización de allanamientos con fines de investigación, la facilitación de la asistencia voluntaria de las personas en el país solicitante o la identificación, rastreo, congelamiento, restricción, etcétera de productos e instrumentos del delito.¹⁴

Uno supone que en la federación mexicana hay una división de obligaciones entre los estados y la federación en lo que respecta a las investigaciones penales. Desconozco cómo funciona en el derecho mexicano, pero sí sé que en la relación entre miembros de la *Commonwealth* no hay ningún atajo que suprima o menoscabe los derechos soberanos de cada país.

El Tribunal de Apelación en Asuntos Penales del Reino Unido acaba de dictar una sentencia en el caso de *R vs. Kadir*, que es un asunto muy instructivo.¹⁵ No es necesario entrar en detalles, basta decir que se trata de un caso serio de violación de tres hermanos por parte del señor Kadir. En el juicio, su defensa dependía de una declaración de un testigo que residía en Bangladesh (porque la familia era originaria de ese país). Bangladesh es un Estado miembro de la *Commonwealth* adherido al esquema de Harare que regula la cooperación internacional en asuntos penales al que he hecho referencia.

Se consultó a la jueza británica si era posible realizar la entrevista y hacer la declaración por *WhatsApp* (hubo un problema técnico en el sistema tecnológico utilizado habitualmente por la corte). La jueza dijo que no era posible y condenó al señor Kadir a una prolongada pena de prisión.

La defensa apeló la decisión fundando su pretensión en el argumento de que la jueza debería haber permitido la declaración de ese testigo. El tribunal

¹⁴ *Model Legislation on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, The Commonwealth, Office of Civil and Criminal Justice Reforms, Commonwealth Secretariat, 2017.*

¹⁵ *R vs. Kadir (Abdul), EWCA Crim 1244.*

de apelación estimó las alegaciones de la defensa y determinó que sí era posible aceptar video-testigos a través de *WhatsApp*. Pero aun así no vio la necesidad de revisar y revocar la condena por el delito cometido (en inglés decimos que la condena fue «segura»). La razón esgrimida por el tribunal de apelación fue que no existía ninguna prueba de que la defensa hubiera acreditado el consentimiento de Bangladesh en relación con el ejercicio de la investigación por internet. Desde luego, la toma de declaraciones en Bangladesh en el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial británica depende del consentimiento de las naciones, y no por ser miembro de la *Commonwealth* o del esquema de Harare. Bangladesh pierde sus derechos en este contexto. Dado que no habían seguido las normas que regulaban la toma de declaraciones de testigos en el extranjero, la apelación del señor Kadir fue desestimada.

Es muy interesante pensar en que, en un caso como este, se resolvería el tema de las pruebas en la federación mexicana. ¿Puede un juzgado en Veracruz tomar declaraciones de un testigo situado en Baja California por *WhatsApp*? Y si la respuesta es «depende», la cuestión pertinente es: ¿de qué depende, y por qué? y ¿qué tal entre los países de la Organización de Estados Iberoamericanos?

Las cuestiones sobre la coordinación y cooperación en materia de derecho penal internacional y la confianza entre pueblos, ciudades y estados son las más interesantes que surgen hoy en día y reclaman la combinación de diferentes estructuras de análisis en un contexto global donde el crimen desborda las fronteras de los países.

VII. CONCLUSIÓN

En síntesis, debemos aceptar que cualquier estudio que pretenda extrapolar lecciones o prácticas de otro campo o contexto al federalismo mexicano tendría primero que aceptar las diferencias de contexto e identificar (y justificar) dónde puede haber una analogía legítima a partir de la cual puede construirse un análisis de reforma o crítica.

El futuro de la *Commonwealth* es un tema de debate y discusión en el Reino Unido y los demás países miembros del club. Como todos ustedes saben, el Reino Unido pasa por un momento difícil. Hay un inexplicable populismo, una tasa de inflación que está en el 10 %, una escasez de viviendas, unos salarios más o menos estancados, más de una década de austeridad económica con el resultado que nuestros servicios públicos sufren y un fuerte movimiento independentista en Escocia, entre otras cosas. Todos estos factores de inestabilidad y descontento se combinan con una falta de integridad en la vida pública, un liderazgo sistemáticamente incompetente, una lenta reacción ante el cambio

climático y todas las consecuencias desfavorables del *Brexit*. ¿Qué quiere aprender México del sistema británico?

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Anthony, Anghie. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Clause II*, Committee on Inter-Imperial Relations, *1926 Imperial Conference*, 1926.
- Crawford, James ed. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 82012, parte II; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 92021, capítulo 5.
- Eyal Benvenisti, Eyal y W. Downs, George W., «The Empire's New Clothes – Political Economy and the Fragmentation of International Law». *Stanford Law Review*, April (2010): 595.
- Fawcett, J.E.S. *The British Commonwealth in International Law*. Londres: Steven & Sons, 1963.
- Garner, Paul. *Leones británicos y águilas mexicanas – Negocios, política e imperio en la Carrera de Weetman Pearson en México, 1889-1919*. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- «Geneva Conventions IV, Art 51». International Humanitarian Law Databases. <<https://ihl-databases.icrc.org/ihl/WebART/380-600058>>.
- Hervey, Tamara, Cryer, Robert Sokhi-Bulley, Bal y Bohm, Ali. *Research Methodologies in EU and International Law*. Londres: Bloomsbury Publishing 2011.
- Klabbers, Jan. «Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law». *Nordic Journal of International Law*, (2001): 403-421.
- Melly, Paul. «Why ex-French colonies are joining the Commonwealth». *BBC News*, 29 June 2022.
- Model Legislation on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, The Commonwealth, Office of Civil and Criminal Justice Reforms, Commonwealth Secretariat*, 2017.
- «The Queen's Diamond Jubilee». Commonwealth Network. <<https://www.commonwealthofnations.org/commonwealth/head-of-the-commonwealth/the-queens-diamond-jubilee/>>.

Capítulo 8

LA EXPERIENCIA CANADIENSE

Jacques Fremont*

Manuel González Oropeza**

Dr. Manuel González Oropeza: El estado de México es tierra de grandes juristas y también es un estado que ha sufrido «el federalismo de México», pues se le han impuesto, entre muchas otras cosas, divisiones territoriales. Considero muy importante que el Poder Judicial del Estado de México organice un foro que dé continuidad al diálogo judicial emprendido ya hace varias décadas sobre este tema. Ese diálogo judicial, internacionalmente hablando, significa que todos los jueces y tribunales del mundo tienen una propensión a contemplar los otros sistemas para corregir errores propios y adoptar los aspectos positivos de los mismos. En este sentido, México se ha visto deslumbrado por el vecino al norte inmediato —Estados Unidos de América—. Por razones de muy diverso orden, nuestra Constitución fue modelada con base en la Constitución de los Estados Unidos y su sistema judicial.

El federalismo ha sido también tomado de la experiencia de EE. UU. Sin embargo, ese gran vecino no nos impide ver que hay otro vecino, Canadá, que es todavía más extenso en términos territoriales y más rico en experiencias y en legados, dado que su ordenamiento jurídico-político es el resultado de la fusión de los sistemas inglés y francés. Por ello, es más afín a México, dado que nosotros también tenemos un sistema mixto: un derecho privado francés codificado y un derecho público inspirado fundamentalmente en la tradición anglosajona del *Common Law*. Canadá nos puede brindar un ejemplo muy importante del modo en que se construye un sistema mixto, ya que no solamente es mixto, sino también es bilingüe, y las instituciones han incorporado lo mejor de ambos sistemas. Por todo lo dicho, el análisis de las cuestiones canadienses es muy importante.

Hace quince años tuve la fortuna de ser invitado a la Universidad de Montreal para impartir la cátedra sobre México. La experiencia —estudiantes ca-

* Universidad de Ottawa, Canadá.

** Facultad de Derecho, UNAM, México.

nadienses de derecho dialogando con un profesor mexicano sobre derecho mexicano— fue espléndida. Pude comprobar el vivo interés de los estudiantes canadienses por el conocimiento de otros sistemas. Desde entonces, pensé en la necesidad de abrir nuestras escuelas y nuestros planes de estudio a los sistemas comparados, así como de enseñar el derecho de la misma manera que en esos países, es decir, a través de casos o precedentes resueltos por los tribunales.

En primer lugar, necesitamos entender que en Canadá no solamente hay una Constitución, sino dos, y que esas dos constituciones no fueron redactadas por el Parlamento de Canadá, sino por Gran Bretaña. El Parlamento inglés aprobó en 1867 el primer documento constitucional, circunstancia extraña en la tradición británica, toda vez que los británicos no tienen propiamente constitución, sino una serie de leyes particularmente importantes. Walter Bagehot escribió precisamente en 1867 sobre la llamada Constitución británica —que, propiamente, no existe— refiriéndose a una serie de leyes fundamentales sobre la organización de los poderes. Esa «Constitución» es la actual desde 1867 y no puede ser reformada o no ha sido reformada desde entonces, ya que hacerlo es demasiado complejo. Recientemente, en el siglo pasado, concretamente en 1982 se aprobó en el Parlamento inglés la Carta de Derechos y Libertades; si el texto de 1867 fue la parte orgánica de la Constitución de Canadá, la segunda la parte, relativa a los derechos humanos —o parte dogmática—, es el texto aprobado en 1982.

Estas dos constituciones, entre las que median ciento veinte años, conforman el documento constitucional de Canadá, y tiene la ventaja de ser la única constitución, dado que no hay constituciones locales como en nuestro país, en el que cada entidad federativa tiene su propia constitución y existe un régimen interior en cada estado. En Canadá, como he dicho, solo existe la Constitución a la que he hecho referencia. En su artículo 91, enumera las facultades federales y en el 92 las de las «provincias» —llamadas así, y no «estados»—.

En ese sentido, la diferencia en el federalismo es muy importante. Sin embargo, en la Constitución federal de 1867 la organización del Poder Judicial federal es exhaustiva y el texto prevé también la existencia y el funcionamiento de los poderes judiciales locales. En relación con esta característica del sistema constitucional canadiense, en México se ha desarrollado un movimiento que desde los años 2000 reclama que los poderes judiciales de los estados tengan a su cargo la revisión de la constitucionalidad, los actos de las autoridades en el ámbito interno. El estado de México tiene una espléndida sala constitucional que desarrolla esta función de control de los actos de las autoridades y las leyes del estado. Sin embargo, el camino para lograr este objetivo,

que empezó en 2000 en el estado de Veracruz, no ha sido fácil. Fui testigo de estos obstáculos, dado que formé parte de la comisión que hizo la propuesta. Lo paradójico es que el propio foro veracruzano no estaba de acuerdo en que Veracruz ejerciera el control constitucional interno en el estado. ¿Para qué?, se preguntaban muchos en el foro, si ya existían el control federal, el juicio de amparo y todos los medios de protección federales. ¿Qué necesidad hay para que un estado proteja los derechos y la constitucionalidad de sus actos internos? La cuestión fue planteada ante la Suprema Corte de Justicia mediante la interposición de cuatro acciones de inconstitucionalidad contra la Constitución de Veracruz, promulgada en febrero del año 2000.

Increíblemente, el foro no quería que el estado de Veracruz tuviera su propio régimen de protección constitucional. Eso significaba la aceptación de que el régimen de control constitucional fuera federal. Afortunadamente la Suprema Corte de Justicia se opuso a esta tesis —aunque de manera condicionada— y aceptó que en el estado hubiera una sala de control constitucional.

Consideramos la posibilidad de proponer la creación de un tribunal constitucional, pero llegamos a la conclusión de que, en principio, era demasiado. Por ello, el primer órgano de control fue una sala constitucional. Sin embargo, la política y otras razones han motivado que esa sala constitucional no esté integrada. Para el gobierno veracruzano la incorporación de los magistrados locales no es esencial. Por tanto, aunque la sala se creó en papel, no está constituida en los hechos.

Desde el año 2000 emitió varias resoluciones exitosas. Por supuesto, no se esperaba un gran cúmulo de asuntos, dado la justicia constitucional no se imparte en miles de casos. Primero tiene que acreditarse ante la población y el foro. Así, se pretextó esa falta de asuntos para manifestar que, debido al peso de los presupuestos —en nuestro país, los presupuestos importan mucho en la financiación de las funciones institucionales relevantes—, no se han nombrado a los últimos magistrados de la sala constitucional. Las cosas siguen así: se espera que la sala muera por inactividad, lo cual es muy triste. Sin embargo, el estado de México tomó en consideración la experiencia veracruzana, y Veracruz a su vez, tomó ejemplo del recurso de queja de la constitución de Chihuahua de 1921, y tanto Chihuahua como Veracruz están en la inanición: no hay asuntos porque no hay magistrados, y eso es grave. No obstante, en otros estados, entre ellos Tlaxcala y el estado de México, sí están funcionando las salas constitucionales.

Se trata, pues, de un problema que concierne a las relaciones entre los estados y la federación. Esta última no debería centralizar el control constitucional, porque no solo hay que salvaguardar a la Constitución federal, sino

también a las treinta y dos constituciones estatales. Si los estados tienen su propia constitución, estas deben ser protegidas, particularmente los derechos humanos en ellas reconocidos, que no son exclusivamente federales, sino coordinados entre la federación y los estados.

En nuestro país, la delimitación entre la jurisdicción federal y local ha sido difícil. Un ejemplo: en 1869 el juez sinaloense Miguel Vega fue sancionado por haber interpretado la ley. El juzgador trató de recabar la protección en el amparo federal. La Ley de Amparo de la época prohibía la revisión de los actos judiciales definitivos en las instancias estatales, pero la Suprema Corte no tomó en consideración esta previsión legal y conoció del caso Miguel Vega para el bien de la justicia en nuestro país. A pesar de que la propia Ley federal de Amparo limitaba el ejercicio de la jurisdicción de amparo, la Suprema Corte admitió a trámite el asunto y sentó un gran precedente que motivó que se abriera un juicio político contra los ministros. La legislatura de Sinaloa recurrió a la Suprema Corte, que tomó la gran decisión de negar la competencia del Congreso de la Unión para juzgar responsabilidad política de todos los ministros de la Suprema Corte, acto que equiparó eso a un golpe de Estado, en la medida en que la responsabilidad política puede ser reclamada a los ministros únicamente de manera individual, pero no colectivamente.

Otros casos a tomar en consideración son los bien conocidos asuntos del amparo *Rosales* y el amparo *Larrache* resueltos entre 1878 y 1879, en los que la jurisdicción federal determinó que el criterio de la aplicación exacta y literal de la ley civil no podía aplicarse para los casos, precisamente, de la ley del derecho civil, sino únicamente el caso de la aplicación del derecho penal, y gracias a eso cerró la puerta a la revisiones de la justicia local a través del juicio de amparo.

A continuación el Dr. Fremont dará cuenta, entre muchas otras cuestiones relevantes, de una disposición y una práctica constitucional canadiense que es única y peculiar. Se conoce con el nombre de *Notwithstanding Clause*. Para los canadienses es muy importante, pues está relacionada con la defensa de los estados (las provincias) frente a la intromisión federal a través de las leyes. Esa cláusula, que podría traducirse como la cláusula «sin embargo» (*the Notwithstanding clause*), ha sido un punto de inflexión en las relaciones entre la justicia federal y la justicia local.

Pregunta: ¿Qué puede tomar el sistema mexicano de la experiencia canadiense?

Dr. Jacques Fremont: Debo precisar que en Canadá, tristemente, ya no hablamos nunca del sistema federal. Por lo tanto, ver que hay tanta gente aquí que esté interesada en el tema me inspira. En Canadá, la gente pensaría: si vas a

una conferencia de federalismo, que es una cosa extraña, ¿para qué?, ¿cuál es el punto?, qué bueno que en México sí tienen claridad.

Agradezco al Dr. Oropeza la introducción y presentación que ha realizado del derecho constitucional canadiense. Para resumir la cuestión, diré que no es que el sistema federal canadiense se encuentre congelado en el tiempo: mejor dicho, se cristalizó fuertemente en los últimos cincuenta años, bajo el entendimiento de la distribución de los poderes establecida en 1867; fue algo que los tribunales y/o cortes determinaron allá y, debido a ello, rara vez el federalismo es un tema de discusión.

En contraste con la Constitución mexicana, la Constitución canadiense es muy difícil de enmendar, dado que, para hacerlo, debe contarse con la autorización de siete provincias, así como con el cincuenta por ciento de la población que haya votado a favor, más las autoridades federales. Lograr eso es algo impresionante, además de que cualquier cambio requeriría un consenso unánime de las diez provincias y del Parlamento federal, que es algo que no va a pasar nunca, es decir, algo inconcebible. Por ello, la Constitución tendría que evolucionar el federalismo judicial, pero no lo hace a través de enmiendas constitucionales.

Lo más importante que hay que mencionar aquí es que, para poder lograr el cambio de la interpretación que damos al sistema federal, es necesario hacerlo a través de las revisiones judiciales que lleva a cabo la Corte Suprema de Canadá. Al igual que en Estados Unidos, la Corte Suprema de Canadá es la corte de apelaciones generales, pero también es la instancia última de apelaciones constitucionales. No es simplemente un tribunal —a la manera de Estados Unidos—, sino que va más allá.

En los siglos XVIII y XIX, el sistema federal era un tema de debate muy popular en Canadá. Las cuatro provincias regionales —sobre todo en las provincias de habla francesa (por ejemplo, Quebec)... tenían el modelo federal, que era un modelo normal para tratar de reconciliar posturas debido a esta combinación —o diferencia— entre el inglés y el francés, así como para procurar que la población francófona y anglófona de las dos provincias principales coincidieran y acordaran un proyecto nacional, que se pactó en 1864 y se implementó 1867. En Canadá tenemos un sistema mixto, en Quebec tenemos derecho privado y público.

Debido a que no somos un país muy amplio, como México u otros países grandes, el federalismo siempre es una cuestión sobre la que hay que hacer comparaciones. Desde 1867, los poderes se han interpretado de formas diferentes y amplias. En general, Canadá se constituyó como una federación

descentralizada. En la práctica, las cortes británicas interpretaron primero y el Comité Judicial del Consejo Privado hizo la interpretación del sistema judicial hasta el 49. Después se creó la Corte Suprema de Canadá, que se convirtió en el árbitro constitucional de mayor jerarquía. Esto condujo al establecimiento de un poder centralizado más alto para servir al poder federal. Y, debido a la estructura constitucional, a nivel federal había una división de poderes, en la que la emergencia, especialmente en los últimos años, de fenómenos como la economía globalizada, la importancia del medio ambiente, el cambio climático y demás, todo esto ha requerido un enfoque nacional. Entonces, las cortes interpretaron esos poderes para conceder ciertas jurisdicciones federales y reconocer la jurisdicción federal en numerosos campos novedosos.

Hay muchas técnicas para conciliar cuando se trabaja un asunto en una jurisdicción provincial o una federal. La noción del conflicto y el modo en que este se resuelve. La interpretación judicial ha sido un elemento centralizador, y esto nos trae a la actualidad; desde la perspectiva sociológica, en Canadá la gente siente que no tiene poder ni voz, que el sistema político se los ha robado, los ciudadanos no se reconocen a sí mismos ni se ven reflejados en el sistema legal. En Canadá se ha producido una pujanza de partidos de extrema derecha bajo la influencia de Trump, que fue muy intensa en nuestro país. El aumento del populismo entendido como una reivindicación de lo provincial comportó el resurgimiento en algunas provincias, sobre todo en las de Quebec y Alberta, de una nueva presión para obtener más autonomía local y regional. Hay mucha presión en esos dos niveles, que reclaman más libertad. Las otras provincias están interesadas en lo que está ocurriendo, están esperando a ver si hay cabida para moverse dentro del sistema federal canadiense, más libertad; es lo que llaman «tener una camisa de fuerza federal», que no deja mucho espacio para el movimiento libre.

Entonces, me gustaría hablar con ustedes sobre un caso que tiene que ver con lo que el Dr. Oropeza mencionó, la cláusula del *Notwithstanding*, y quiero abrir una ventana respecto a los derechos fundamentales, dado que en la actualidad estos se están utilizando dentro del sistema federal para crear una burbuja en algunas provincias —como Quebec— destinada a poder escapar a las normas constitucionales canadiense federales relativas a los derechos humanos.

¿Cuál es la situación? El contexto surge en la provincia de Quebec en 2019. Hubo debates públicos sobre las políticas de la identidad de esta provincia, como en todas partes de Norteamérica y el mundo. Quebec adoptó básicamente dos leyes. Una se llama Proyecto de Ley Veintiuno, cuyo objetivo es asegurar que el Estado sea un Estado de aseguramiento. Sin embargo, muchas de

las disposiciones de esta ley prohíben a cualquier persona que trabaje para el Estado usar alguna identificación religiosa (crucifijos, kipás, hiyab, etcétera). No pueden portar ningún signo externo que ponga en evidencia la fe a que pertenecen.

Para la Constitución canadiense y los derechos humanos, esto constituye una violación bastante severa de las libertades de religión y expresión, dado la forma en la que una persona se viste es un derecho protegido por la Carta de los Derechos canadiense, que es un instrumento constitucional. Entonces, lo que hizo Quebec —porque sabía que esto es totalmente inconstitucional— fue utilizar la sección treinta y tres de la Carta de los Derechos y Libertades canadiense, que dispone:

[...] el parlamento o la legislación de una provincia puede de forma explícita declarar en un acto de legislación que el este o una de sus la disposiciones es aplicable, sin importar —*notwithstanding*— alguna disposición comprendida en la sección dos o en las secciones siete a quince de la presente Carta.

¿Qué se entiende con este párrafo? Significa que la sección dos y la sección siete a quince, que reconocen esas libertades, incluyendo la religiosa y la de expresión, así como todas las libertades judiciales que acompañan a los juicios criminales y los derechos de igualdad, y que, si una corte dice que esta disposición de un estatuto de un párrafo no es constitucional porque contraviene la Carta, entonces la legislación puede saltarse el juicio *notwithsand* y decir la última palabra. No es, pues, la Corte la que tiene la última palabra, sino la legislatura de Canadá y esto fue un tipo de compromiso para asegurarse de que, si existe un pleito con respecto a alguna disposición que tenga que ver con aborto, por ejemplo, o con algún otro tema complejo, cuando la Corte la invalida, la palabra final la tiene el legislador.

¿Qué hizo entonces Quebec con el Proyecto de Ley Veintiuno? Tomó toda la ley y declararon la aplicación al *notwithstanding* a la Carta de los Derechos Canadienses, sección doce a diecisiete; es decir, hicieron su burbuja para protegerse de interferencias judiciales, porque las cortes no pueden decir qué es inválido. Se trata de una medida preventiva, no se aplica después del dictamen de un juez. Así, en 2019 esta ley fue aprobada y, desde luego, muchas personas se opusieron a esa obligación, y hay mucha gente que ha perdido su trabajo porque llevaba un crucifijo o porque las mujeres iban con el cabello cubierto con un burka. Esta, obviamente, era una ley contra los musulmanes y los judíos. La razón subyacente era esa islamofobia y también una cuestión contra los judíos. Este caso no se recurrió directamente a la Corte Suprema, sino una corte local, y el juez de esa corte determinó: «Bueno, es una clara violación, no cabe duda de esto, quedó clarísimo, ha-

biendo dicho esto, la declaración *notwithstanding* a mí me vincula, no puedo saltarme la lectura que se ha dado por la Corte Suprema de Canadá, hace algunos años, en la que dijo que no tenemos que intervenir para juzgar el contenido sustancial de dicha declaración: más bien estamos ahí para asegurarnos de que el proceso que se siguió para la cláusula del *Notwithstanding* fue correcto y, si fue correcto, hagan lo que hagan ya no es mi competencia».

Esto se debe a la regla que ustedes conocen y que es tan fundamental en el *Common Law*: cuando la Corte Suprema dice algo, todas las cortes inferiores tienen que acatar al precedente; entonces, es una cuestión de precedente. Me imagino que en México tienen algo parecido: cuando se establece un precedente, entonces este ya es vinculante para los tribunales inferiores.

En definitiva, al juez no le quedó otra que decir: «Discúlpenme, es inconstitucional, pero no puedo hacer nada». El asunto ya se encuentra en la corte de apelaciones y posteriormente llegará la Corte Suprema de Canadá, pero es posible que lleve años saber cómo se resolverá.

Quebec hizo lo mismo en lo que llamamos el Proyecto de Ley Noventa y Seis, relativa a los derechos lingüísticos de esa provincia. Nuevamente, recurrió a la cláusula *notwithstanding* para curarse en salud en relación con el contenido de toda la ley. Es decir, hay dos leyes importantes en Quebec que ya se protegieron de cualquier decisión federal judicial provincial respecto a su Carta.

En Alberta, el primer ministro renunció y se eligió la jefa del partido conservador. Ella es ahora primera ministra; su programa sostenía que ella iba a aprobar una ley para reafirmar la autoridad del legislador a la hora de rehusarse al cumplimiento provincial de algunas políticas federales que violen los derechos jurisdiccionales de Alberta. ¿Qué quiere decir esto? En relación con el mandato sobre las vacunas, o los mandatos federales que tienen que ver con recursos naturales —el petróleo y el gas son muy importantes en Alberta—, ella declaró: «Si el Gobierno federal aprueba eso, nosotros, como Gobierno provincial, nos vamos a rehusar a seguir sus mandatos en nuestro territorio». Se trata, desde luego, de una ofensa al Estado de derecho, a los poderes y a los deberes de las cortes. Esto ocurrió en Alberta, donde dicen que, si Quebec puede escaparse a esa Carta de Derechos, al Proyecto de Ley Veintiuno y Noventa y Seis, entonces Alberta puede hacer lo mismo y no acatará la decisión de la Corte. Creo que seguramente vienen tiempos de muchas discusiones constitucionales que tienen que ver con el papel de las cortes, atoradas en medio de estas disputas extremas y de unos reclamos políticos muy extremistas de los gobiernos de Quebec y Alberta, demandas que contravienen la Constitución y el orden jurídico-político canadienses.

La Corte Suprema de Canadá, tendrá que ser llamada a dictaminar en este caso y, desde luego en su papel como tribunal supremo —como en todos los países— no puede tener favoritismos cuando un estado o provincia está siendo violentado. Su papel es mantener la coherencia del sistema constitucional y su orden. Entonces, ¿qué es lo que va a pasar en Canadá? Mi corazonada es que, con respecto al Proyecto de Ley Veintiuno y al Proyecto de Ley Noventa y Seis, la Corte Suprema quizá no aceptará la supresión total de derechos con respecto a dos puntos tan importantes de la legislación, pues el espíritu de la cláusula *notwithstanding* es corregir errores de la jurisdicción en algunos casos específicos, pero, dado que en este caso se trata la protección de derechos fundamentales, no puede aplicarse, no puede utilizarse para retorcer y suprimir en términos casi absolutos un derecho constitucional. La legislatura tendrá que ser muy específica a la hora de establecer en qué secciones es aplicable la *notwithstanding clause*: no sé si van a acordar este *notwithstanding* de cobertura global, pues tendrían que asegurarse que hay una coherencia en el sistema legal. Los ciudadanos y las ciudadanas tienen derecho a saber que pueden confiar en la protección de los derechos fundamentales y que esto es algo que va a sostenerse en la legislatura; actualmente, no saben si en cinco años se aplicará —y qué secciones— o si no se aplicará. Esta incertidumbre no contribuye a la aplicación de la ley.

Por definición, los sistemas federales tratan de manejar las tensiones entre lo estatal y lo central, las provincias y la federación, tensiones cuya existencia es normal. Precisamente por eso, existen estos sistemas y las cortes, los tribunales, que juegan un papel importante en el manejo de esas tensiones. Cuando funcionan bien, las cortes pueden marcar una gran diferencia y pacificar a un país. Digamos que esa ha sido la experiencia de nuestro federalismo hasta fechas recientes. Había salido bien, quizá en algunos casos alguna ley bancaria que se volvía súbitamente muy difícil, pero en general en Canadá hemos tenido paz con respecto a la distribución de los poderes. Sin embargo, las nuevas presiones de la sociedad actual generan la exigencia de cambios bruscos y están radicalizando a los actores políticos, que ya no quieren seguir las reglas. El ejemplo es el propio Trump: en el país más grande, Estados Unidos, las cortes se convirtieron en sus peones para que pudiera salirse con la suya en lo que quería y como quería, y esa dinámica erosiona gravemente la legitimidad de las cortes y tribunales.

Aparte de la legitimidad, estas tendencias también tienen que ver con todo el derecho, entendido como un sistema de coherencia, de normas. Ciertamente en los litigios constitucionales, ¿cuáles son las ventajas? Que dispone-mos de una conversión coherente y una valoración de los méritos o deméritos

de cualquier disposición. Es un sistema coherente, bien organizado, previsible, la conclusión no siempre puede preverse, pero es la única instancia de la sociedad, por lo menos en Canadá, en la que las políticas se discuten de la forma más racional y coherente posible, sin tanta pasión: no en las redes sociales, no en los medios, sino con base en referencias legales, lo que, desde luego, nos tranquiliza hasta cierto punto. Sin embargo, se está acabando con estos políticos. Comprendo que las presiones de los medios tradicionales y las redes sociales son fuertes, pero las cortes en Canadá tienen que ser, por definición, pasivas. Únicamente pueden expresar su opinión en los dictámenes, no pueden afirmar sin más lo que es constitucional o inconstitucional. Antes tienen que esperar a que les llegue una demanda. Puede que el caso no esté tan bien formulado, que no hay buena jurisprudencia, que la evidencia sea mala y se arruine. Nos ha pasado, lo sabemos, pero en las cortes ese es el único momento en que pueden expresarse y no pueden contestar toda la cantidad de estupideces que se comentan en redes sociales o en los medios formales en los que se transmiten una y otra vez las noticias falsas que repiten políticos que no tienen idea de que están hablando.

Entonces, actualmente las cortes de Canadá están en una situación realmente difícil porque, se diría, no tienen permiso para contestar. Probablemente, esta situación es inevitable, y lo peligroso es que se está deslegitimando el sistema legal y judicial de Canadá. Para alguien como yo, que ha pasado toda su vida en la lucha por la democracia en Canadá y en otros países también, este panorama me parece muy sombrío.

Pregunta: ¿se considera conveniente una reforma constitucional federal para fortalecer el federalismo judicial mexicano?, tomando en consideración el caso de Veracruz y la experiencia del estado de México, que tiene una sala constitucional. ¿Cómo sería posible fortalecer el federalismo judicial?

Dr. Manuel González Oropeza: Es muy interesante conocer las experiencias de otros países, sobre todo cuando se contrasta con la historia constitucional de México. Cuando el Dr. Fremont explica la compleja institución de la «cláusula sin embargo» (*notwithstanding clause*), es posible recordar la experiencia mexicana de mediados del siglo XIX, cuando el juicio de amparo nacía, así como otros medios de control constitucional que ya hemos perdido.

Mariano Otero no solo fue un innovador en la distribución de competencias que tenemos en el artículo 124, incluido en el Acta de Reformas de 1847. Ahí donde se encuentra el origen de nuestra distribución como un estado confederado. No un estado federal al estilo americano, sino confederado. Otero también innovó una institución, el recurso de reclamo, que casi

no se conoce; en los artículos precedentes al juicio de amparo del Acta de Reformas, se estableció que las legislaturas de los estados podrían considerar inconstitucional una ley federal —en una interpretación de la Constitución, que en ese momento era la Constitución del 1824 con el Acta de Reformas— y anularla con efectos generales. Esto implicó una teoría de la nulificación de nuestras leyes que es antipática a las instituciones modernas, pero que proviene del propio Mariano Otero, y es preciso señalar que durante diez años el recurso de reclamo funcionó.

Anteriormente, la Constitución de 1824 solo incluía la facultad del Congreso de la Unión para anular leyes estatales inconstitucionales, pero para un federalista como Otero faltaba la otra parte: la igualdad de los estados para ejercer esa misma función, a la que dio el nombre de reclamo (artículos 23 y 24 del Acta de Reformas). La primera norma impugnada a través del reclamo fue el Tratado Guadalupe Hidalgo de 1848 (eufemísticamente hablando, de amistad y comercio entre Estados Unidos y México). Evidentemente, con ese tratado terminaba una guerra totalmente injusta contra México. Santa Anna había cedido la mitad de nuestro territorio sin que la Constitución le confiriera facultades para ceder territorio nacional. Lo hizo a través de dicho tratado.

Los estados que no eran totalmente sumisos a la voluntad federal se organizaron y al menos ocho legislaturas estatales en esa época, impugnaron el tratado a través del recurso de reclamo basándose en la inconstitucionalidad de las facultades del presidente para celebrar tratados de sesión de territorio o compra de territorio. Evidentemente, el tratado se sometió, según el Acta de Reformas, al procedimiento, que era muy específico.

Otero había señalado que dichos recursos tenían que someterse a la Suprema Corte de Justicia primero, pero no para su resolución, sino para su distribución, pues estos tenían que ser distribuidos en las legislaturas de los estados para que, en la fecha establecida por la Corte, la legislatura se pronunciara sobre la constitucionalidad de ese tratado, que es una norma federal. Entonces, Otero fue muy innovador y, evidentemente, si hubiéramos seguido en esa senda, no solamente habríamos tenido esa «cláusula sin embargo», sino la habríamos podido llamar «cláusula de punto final» porque, claramente, la sustanciación y decisión por las legislaturas de los estados, que además, sin ser órganos jurisdiccionales, sino políticos, en el control constitucional funcionaban muy bien, ¿acaso las reformas constitucionales no tienen que aprobarse por las legislaturas de los estados?, ¿no tienen entonces las legislaturas de los estados algo que decir respecto de la constitucionalidad de las leyes? Si las reformas constitucionales son aprobadas por el poder constituyente permanen-

te, por supuesto que las legislaturas pueden decir la última palabra respecto de la constitucionalidad de esas normas.

Manuel de la Peña y Peña, que era en ese momento presidente de la Suprema Corte, salvó la situación de la Suprema Corte frente a la dictadura de Santa Anna, que, por supuesto, habría sido en contra de la firma del tratado. En México se decía —esos rumores que algunas veces el poder político difunde— que, si no se firmaba el tratado, México se iría al acabose porque las tropas acabarían con el país, pero evidentemente eso no sucedió porque además, las tropas americanas ya estaban desalojando el país, no podían seguir siendo sostenidas en territorio mexicano, no había dinero. Por todo ello, no podían tomar por asalto a todo el país. En esa apreciación, el Gobierno federal se equivocó. Pero ¿qué fue lo que argumentó de la Peña en este sentido? Dijo que, cuando en la Constitución se establecía el recurso de reclamo, este solo podía plantearse contra las leyes. La Suprema Corte se interpuso y no distribuyó esas demandas con el pretexto de que los tratados internacionales no son leyes, sino normas, pero no son normas aprobadas por el Congreso mediante proceso legislativo, sino normas internacionales. El Poder Ejecutivo y el Senado las aprobarían, pero no la Cámara de Diputados. Por lo tanto, son leyes y con esa salvaguarda se desechó ese primer intento de recurso de reclamo, que siguió funcionando hasta 1853 con otras normas menores.

Otero, que era un especialista en derecho norteamericano, adoptó el reclamo de James Madison en el que, en los inicios del siglo XIX, este proponía que los estados pudieran determinar la constitucionalidad de las leyes por sí mismos, además de la constitucionalidad de las leyes locales por parte del Congreso. Pero Madison fracasó en el Congreso de Estados Unidos y no se incluyó su propuesta. Sin embargo, Otero la retomó y tuvo éxito en el peor periodo de México —la invasión de Estados Unidos— y el Acta de Reformas fue aprobada como parte de la Constitución de 1824.

Entonces, me parece que hay un paralelismo interesante entre la *Notwithstanding Clause* y la idea del reclamo del siglo XIX en México, aunque es claro que, en el caso de la *Notwithstanding Clause* puede ser una ley o puede ser una disposición, mientras que en el reclamo también podría ser una disposición de una ley federal sometida por los estados y anulada por las legislaturas de los mismos.

Pregunta: desde el punto de vista académico, ¿cómo podría México retomar la cláusula «sin embargo», que guarda cierta similitud con el recurso de reclamación, para fortalecer el federalismo judicial en este país?

Dr. Manuel González Oropeza: Lo que necesita el sistema mexicano es la articulación de más medios de control constitucional por parte de los estados.

Las acciones de inconstitucionalidad federales no pueden ser impugnadas por los estados, los estados no están legitimados, pero sí lo están los organismos autónomos. Por tanto, hay una terrible desigualdad entre los estados y la federación y esta se prolonga en el ejercicio de su jurisdicción. Considero que en México nos hemos estancado a la hora de otorgar a los estados mayor capacidad de diálogo, no en el sentido de anulación de las leyes —hipótesis no prevista en nuestro país—, aunque hay declaratorias generales de inconstitucionalidad a nivel federal que podrían implementarse igualmente a nivel local y cabría considerar declaraciones locales de inconstitucionalidad para leyes locales. Por ello, hay que dinamizar la justicia constitucional en los estados.

Hace falta que en los estados se dé un paso hacia adelante para crear una jurisdicción constitucional propia que disponga de más medios de tutela de los derechos o de protección contra la inconstitucionalidad de las leyes locales. Esto quiere decir que, los estados tienen que proponer —y no esperar— a que la federación lo haga.

Con base en el marco constitucional federal de la soberanía de los estados y de la independencia de los jueces —previsiones consagradas la fracción tercera del 116 constitucional—, entre otras disposiciones federales, un estado podría proponer nuevas medidas para la protección de los derechos y de su constitución.

Dr. Jacques Fremont: No podría opinar sobre la ley mexicana, pero sí formular una advertencia amigable. Es terrible usar los derechos fundamentales como una forma de marcar diferencias respecto al sistema federal: hay otras formas. Los derechos fundamentales tratan de la vida de las personas, son fundamentales justamente porque son humanos y son sensibles; y si por una ganancia política o para obtener algo «borras» un derecho fundamental, sientas un muy mal precedente —como ha podido comprobarse en el Derecho constitucional canadiense—. Y si las peticiones de distinción de las provincias son legítimas, pueden arbitrarse a través de tribunales. Por ejemplo, la provincia de Quebec es francófona y, por ello, es una provincia distinta con necesidades especiales que deben protegerse, su equilibrio lingüístico tiene que resguardarse de una forma más agresiva, que es algo que ya ha sido reconocido por la Corte Superior de Canadá. Por ello, no es necesario tener que llegar a distorsionar cláusulas *notwithstanding* —o jugar con los derechos humanos fundamentales— para obtener una ventaja política. Aprendan de la ley canadiense, es un presente horrible y peligroso, no es un modelo que deba implementarse en otros países o en otras jurisdicciones.

Dr. Manuel González Oropeza: Es cierto lo que dice el Dr. Fremont, pero quisiera formular una cuestión. Yo provengo de la jurisdicción electoral fe-

deral ¿cuánto tuvo que esperar, incluso el Tribunal Federal, para declarar la nulidad de las leyes electorales por inconstitucionalidad? Los obstáculos radicaban en el hecho de que la jurisprudencia de la Suprema Corte no permitía que se interpretaran las leyes electorales y era muy anómalo —por no decir imposible— que no se permitiera porque, evidentemente, las leyes electorales son el medio para garantizar otro tipo de libertades —expresión, asociación, sufragio, etcétera—. En nuestro caso, por tanto, hay buenos argumentos para que el desarrollo de la protección de los derechos sea de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo.

¿Cuántas veces tuvimos que esperar que se conociera jurisdiccionalmente la protección de los derechos políticos en México? Considerando la jurisprudencia que sostenía la improcedencia del amparo en materia política, finalmente se logró gracias a una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. México cumplió y acató debidamente, y entonces abrió la jurisdicción a la protección.

En la protección de los derechos, muchas veces es bueno que los estados tomen la iniciativa, como hicieron Veracruz, Tlaxcala, Coahuila, etcétera. Pero, por otro lado, depender de eso hace que nuestro sistema se «congele» en la protección de los derechos fundamentales, lo cual no es aconsejable. Los derechos primero se establecieron por los estados y después por la federación. La federación no tiene primacía histórica sobre los derechos humanos. Son los estados los que la tienen.

Hay que tomar en consideración la creación de nuevos derechos en las constituciones estatales que sobrepasan la declaración de derechos federal, que fundamentalmente es la misma desde 1857. Los derechos de las constituciones de los estados han ido renovándose, ampliándose, y eso es muy importante. Y una vez que está reconocido el derecho ¿cuál es la mejor manera de garantizarlo? Esa es la eterna pregunta sobre los derechos humanos, que pone en evidencia la gran importancia de los medios estatales de protección.

Pregunta ¿cómo podemos acortar la amplia brecha con la teoría del federalismo judicial para llegar a un federalismo de facto?

Dr. Jacques Fremont: En la ley canadiense no se distinguen la teoría, el federalismo y la práctica, dado están muy alineadas y hay un amplio consenso sobre el rol que tienen atribuido las cortes en el sistema federal de mi país. Esto no se ha cuestionado hasta hace poco, con los dos supuestos que a los que he hecho referencia. El caso de Alberta es nuevo para nosotros: empezamos a ver que hay una mala alineación y entonces es posible que ahí sí se produzca un

conflicto entre la teoría y la práctica, una controversia hasta ahora inusual en el federalismo canadiense.

El sistema de las cortes en Canadá es de jurisdicción provincial e incluye la aplicación de los estatutos federales. Los jueces de las provincias están vinculados tanto por la ley provincial como por la ley federal canadiense, incluyendo la Carta de Derechos. Si las provincias intervienen y tratan de evitar que las cortes realicen su revisión y sus poderes constitucionales, entonces podríamos estar asistiendo a un conflicto jurisdiccional grave en el que las cortes reaccionarán con mucho vigor. Una de las razones que explica esta eventual dinámica es que el principio de la independencia judicial está reconocido de forma implícita en la Constitución canadiense, pero que de forma explícita también se ha reconocido como un principio constitucional no escrito por la Corte Suprema canadiense.

Si las cortes o los jueces no pudieran ejercer sus facultades en su jurisdicción, reaccionarían enérgicamente. Justamente es eso lo que en la práctica en Alberta podría generar dificultades: el hecho de que el Gobierno se rehúse a seguir esta resolución y su comportamiento siga siendo ilegal sí puede generar una especie de quiebre del Estado de derecho. Y esta es una preocupación no menor, dado que el Estado de derecho también es un principio no escrito o implícito en el derecho constitucional canadiense que ha sido ampliamente reconocido por la Corte Suprema y por todos los tribunales. Por ello, no puedes hacer lo que te venga en gana, la legislación limita los poderes federales y provinciales, y en virtud de la Carta canadiense también están restringidos por todos los principios no escritos, pero constitucionales. Puede que nos dirijamos hacia un escenario como el descrito. Aunque todavía no hay una discrepancia, a pesar de que aún no hay una brecha entre la teoría y la práctica, estamos a punto de ser testigos de su ocurrencia.

CONCLUSIÓN

Dr. Manuel González Oropeza: Las diferencias de los sistemas de Canadá y México muestran que el constitucionalismo todavía puede ser mejorado infinitamente y que la instancia privilegiada para mejorarlo serían los estados. Es mejor que el nivel federal ya no intervenga porque cada vez que lo hace recorta la soberanía a los estados. Considero, por tanto, que es hora de dar la palabra a los estados para que se pronuncien y digan cómo quieren que sea su soberanía. Esto es muy importante porque, evidentemente, en la cultura jurídica mexicana todo se canaliza hacia el derecho federal: en todo el país se

estudia el constitucionalismo federal y hay poco espacio para el estudio de la constitución del estado.

En general, las constituciones de los estados tienen un amplísimo espectro normativo que no solamente se limita a las reformas de los últimos años. César Camacho y un servidor hemos tratado de hacer hincapié en la gran importancia del constitucionalismo de los estados en un libro reciente (*El constitucionalismo mexicano de las entidades federativas*). En otras palabras, como dice el profesor Fremont, es el derecho constitucional estatal pero esa materia no se imparte con profusión en las facultades de Derecho de los estados, no se estudia la constitución del estado, no se le atribuye la importancia que debe tener. Sin duda, la Constitución federal es importante, pero el estudiantado de los estados tiene que conocer la tradición, las instituciones propias en los estados. En el libro al que he hecho referencia tratamos de enfatizar los ejemplos que confieren peculiaridad del derecho constitucional estatal. Hay estados sorprendentes que han tenido instituciones impresionantes. Es el caso, por ejemplo, de Yucatán y Chihuahua, que han depositado el Poder Judicial en una sola persona, el ministro superior de justicia, arreglo que ha funcionado durante décadas. Por supuesto, no estoy sugiriendo que este modelo se adopte ahora. La ingeniería constitucional da mucho más a los estados y depende de los funcionarios locales, de ahí que los estudiantes y las universidades locales deberían promover la nueva ingeniería constitucional estatal que subyace a estas instituciones relevantes.

En Quebec o en Ontario no se enseña la constitución de las provincias porque no tienen constitución, pero sí la forma de interpretar la Constitución federal y su aplicación a las necesidades de la provincia. No conozco la Constitución o las reformas de Alberta, pero por lo que dice el profesor Fremont, es un caso interesante. ¿Cuándo fijamos en México la atención en una reforma constitucional en algún estado? Fuera de los muy restringidos círculos locales, lo hacemos muy pocas veces. Por ello, el alcance de su análisis es limitado. Creo que una mayor atención al constitucionalismo estatal —especialmente, a su evolución— contribuiría a que nuestro país expandiera sus instituciones federales y judiciales.

Capítulo 9

LA DIFÍCIL VERTEBRACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: LOS EMBATES SEPARATISTAS AL ESTADO AUTONÓMICO

Raúl Canosa Usera*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FORMA DE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE VERTEBRACIÓN TERRITORIAL. II. UNA HISTORIA PENDULAR. III. NOTAS ESENCIALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA. IV. NACIONALISMO Y SEPARATISMO CONTRA EL RÉGIMEN POLÍTICO DE 1978. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO FORMA DE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE VERTEBRACIÓN TERRITORIAL

Si el derecho es, en general, una técnica para resolver los conflictos sociales, el derecho constitucional sirve para solucionar las controversias de índole específicamente política, una de las cuales —acaso la más complicada— es la de la vertebración territorial del Estado. En efecto, el federalismo en sus múltiples variantes, así como el Estado regional o el Estado autonómico, articulan las relaciones de poder de modo opuesto al del Estado unitario, dado que reconocen a las partes de mayor o menor capacidad de decisión política en algunas materias. Se distribuye entonces el ejercicio del poder político de acuerdo con criterios de índole territorial. La descentralización política no es otra cosa, a la postre, que una separación de poderes entre el centro y las partes. Esta separación «vertical» de poderes se suma, en el verdadero Estado constitucional, a la separación horizontal de poderes —la clásica división teorizada por Montesquieu—. Y si esta última es indispensable para asegurar la

* Universidad Complutense de Madrid, España.

libertad, en la medida en la que los poderes se controlan recíprocamente, la separación vertical podría también contribuir al mismo fin, aunque su objetivo primordial consista en armonizar intereses y pretensiones territoriales con la salvaguarda de un interés común y abarcador, que representaría el centro, la federación en el esquema federal o el Estado en el autonómico español.

En definitiva, la descentralización pretende resolver un problema político de articulación entre entes de distinta naturaleza territorial que no podría resolverse ni con la desaparición de la autoridad central —y la consiguiente subsistencia plenamente independiente de las partes— ni con la destrucción de los entes descentralizados, en cuyo caso solo subsistiría el todo en la forma de Estado unitario.

Incluso en el caso de la integración supranacional que encarna la Unión Europea, se ha subrayado el camino federalizante emprendido para lograrla, que recurrentemente se ha comparado con el nacimiento de los estados Unidos de América. En verdad que la integración europea implica un reparto de poder político entre la Unión y los Estados parte generada por una cesión de poder por parte de los Estados a la Unión que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas calificó tempranamente como «cesión de derechos soberanos». Es verdad que subsisten todavía en la Unión elementos propios de una organización de derecho internacional como la posibilidad de separarse.

En este esquema, el grado de descentralización varía de país en país, como demuestran las valiosas aportaciones sobre las distintas situaciones nacionales distintas. El acomodo entre el ente central y los entes descentralizados es, en cada caso, distinto según las necesidades de cada país y refleja un compromiso político que formaliza cada constitución. No obstante, y a pesar de esta adaptabilidad de la descentralización, las tensiones pueden subsistir; recordemos que el trasfondo de la Guerra Civil norteamericana consistió en dilucidar si la soberanía que retenían los estados que conformaban la Unión les confería la facultad de separarse de esta última. El desenlace de aquella guerra resolvió, en los hechos, el problema: a pesar de conservar su soberanía en aquellos ámbitos no expresamente transferidos a la Unión por la Constitución de 1787, los estados habían perdido definitivamente la capacidad de separarse unilateralmente de ella; el pueblo de los Estados Unidos había creado una unión irrevocable y conformado un sujeto político que había asumido de forma inexorable su definitiva e indestructible existencia.

Esta es la tónica de todo Estado descentralizado, aun de los Estados federales. A título ilustrativo, cabe hacer referencia a Alemania, cuyo Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente la posibilidad de que uno de sus *länder* se separe de la federación. Por el contrario, en el peculiar sistema británico

se celebró un referéndum autorizado en el que solo los escoceses se pronunciaron sobre la independencia de Escocia; y en Canadá ocurrió otro tanto en el Quebec. México padeció la experiencia del estado de Texas, que se separó unilateralmente del país con un pretexto similar al que luego esgrimirían los estados confederados para justificar su secesión.

¿Qué ocurriría hoy en el México actual si, por ejemplo, el «estado libre y soberano de Sinaloa» invocara su soberanía para separarse de los Estados Unidos Mexicanos? Pues bien, en España sucedió que, en el año 2017, después de la celebración de un «referéndum» ilegal, el Parlamento de Cataluña proclamó la independencia en forma de República, aunque en esa misma declaración la suspendió. El llamado proceso soberanista provocó la reacción del Estado español en los términos que más adelante veremos y la unidad España prevaleció.

II. UNA HISTORIA PENDULAR

La antigua Iberia, una referencia geográfica, adquirió carta de naturaleza política y jurídica en la Hispania romana y conformó ya una unidad que se mantuvo en la España visigoda. La posterior invasión musulmana y la larga reconquista cristiana quebraron aquella unidad y durante esta última emergieron los nuevos reinos cristianos: Portugal, Castilla y Aragón fueron el resultado, aunque su conformación interna era tributaria del orden medieval y no constituyeron Estados en sentido moderno del término, así que su organización no respondía todavía al proceso centralizador personificado en el rey y la corona. En particular, Aragón mantuvo una pujante descentralización interna que, tras la unión con el reino de Castilla tras del matrimonio entre Isabel y Fernando, fraguó la unificación peninsular, a la que, en tiempos de Felipe II, se sumaría Portugal. El influjo de Aragón marcaría el devenir de la monarquía hispánica cuyos territorios durante la dinastía de los Austrias se organizaron casi confederalmente: a la cabeza de todos se situaba el rey, pero cada reino conservaba sus propios órdenes jurídicos. El virrey de cada territorio representaba al rey. Esta estructura virreinal se proyectó, como es sabido, en la organización de los territorios americanos de la Corona española. La monarquía fue el nexo que aglutinó a todos los territorios, pero cada reino en Europa conservaba sus peculiaridades «constitucionales». Por su parte, las Leyes de Indias introdujeron en los territorios americanos una mayor coherencia jurídica.

El cambio de dinastía —la llegada de los Borbones— marcó un giro centralizador que se acentuó con el liberalismo, cuyo imperativo de igualdad ante la ley chocó con la acendrada tradición foral. Recuérdese que los fueros eran,

en rigor, los privilegios —leyes privadas— sobre los que se fundaba el viejo orden medieval. Amparados por la propia Constitución hoy vigente, todavía subsisten en España fueros de orden político (los «derechos históricos de los territorios forales») y, en la esfera del derecho civil, «los derechos forales», en algunas regiones. Las sucesivas Constituciones liberales no los erradicaron.

En la esfera constitucional, la Constitución de 1812 organizó los municipios, pero no se planteó una descentralización federal de los territorios peninsulares o ultramarinos. Con la creación de las provincias, en la península acabó imponiéndose una organización administrativa departamental a la francesa —es decir, centralizadora— del poder político. Sin embargo, durante la efímera primera República española (1873-1874) surgió la lucha entre unitaristas y federalistas —un federalismo no inspirado en el formalismo carlista— que desembocó en la nunca entrada en vigor Constitución federal de 1873, la *non nata*. El regreso los Borbones supuso el retorno de la centralización. Inspirados en las ideas románticas de fines del siglo XIX y principios del XX alimentadas sobre todo en el País Vasco y Navarra por el formalismo, los nuevos nacionalistas sentaron las bases de los movimientos de este cuño que hoy se dejan sentir en España.

Tras la proclamación de la segunda República y la aprobación de la Constitución de 1931, se afrontó la vertebración territorial mediante una solución original: una posible descentralización abierta a los territorios que debían encauzar las aspiraciones de autogobierno de ciertas regiones. Solo la región de Cataluña se constituyó como régimen autónomo y funcionó no sin problemas durante aquellos años. El País Vasco y Galicia se conformaron autónomamente solo cuando ya había estallado la guerra civil. El bando vencedor de la Guerra Civil (1936–1939) impuso un férreo Estado centralizado.

A la muerte del dictador, la transición a la democracia se materializó en la Constitución de 1978, fruto de un consenso político amplísimo que, en la estela de la Constitución de 1931, permitía, sin imponerla, la autonomía de las regiones y «nacionalidades» (sin especificar qué partes de España eran regiones y cuáles nacionalidades). La Constitución no imponía, pues, la descentralización, pero la consentía para encauzar las aspiraciones autonomistas de ciertas regiones. Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido durante la segunda República, toda España acabó organizándose en comunidades autónomas, de modo que se descentralizó todo el territorio nacional. Bien es verdad que la descentralización fue asimétrica porque algunas comunidades —las más autonomistas— asumieron más poder político que el resto. Se trataba de una descentralización compleja que comenzó a evolucionar en clave de equipa-

ración de competencias entre todas las comunidades, excepción hecha de la irreductible singularidad de los territorios históricos.

A pesar de la evolución armonizadora —federalizante— subsisten diferencias que se acentuaron con la oleada de los nuevos Estatutos aprobados en el bienio 2006-2007. Basten dos ejemplos ilustrativos de asimetría, al margen de los muy llamativos derechos históricos: tres comunidades poseen su propia policía autonómica, mientras que en todas las demás los cuerpos policiales son estatales; y solo dos comunidades se encargan de la gestión de las prisiones; en las demás, la gestión corre a cargo de la Administración General del Estado.

III. NOTAS ESENCIALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA

La primera de las singularidades de la descentralización española es su «desconstitucionalización». La Constitución no distribuye efectivamente el poder político entre el Estado y las comunidades autónomas porque la creación de estas no reposa en la voluntad constituyente sino en una voluntad posterior de cada nacionalidad o región que, ejerciendo su derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 constitucional, activa su descentralización particular. La Constitución ofrece una descentralización a la carta, a disposición de cada nacionalidad y región, dentro de un marco constitucionalmente trazado, que es muy lábil e incierto. En su momento, esta incertidumbre facilitó el consenso constitucional, pero desde entonces ha generado ulteriores dificultades que se ahondaron cuando el Tribunal Constitucional desautorizó a las Cortes Generales, que intentaron imponer una ley armonizadora para encauzar el proceso autonómico. A partir de ese momento, el Tribunal Constitucional se convirtió en el árbitro exclusivo del proceso, equilibrando las tensas relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas.

No es de extrañar, por tanto, que desde hace ya mucho tiempo se hable de una reforma constitucional llamada a clarificar la distribución de competencias. Desafortunadamente, nunca ha sido un signo distintivo del constitucionalismo español de ninguna época el abordaje de reformas tranquilas de la ley fundamental. Siempre se ha optado por la vía revolucionaria de aprobar una nueva Constitución.

El Tribunal Constitucional ha ido, por tanto, aclarando caso a caso el alcance de la descentralización y ha subrayado que autonomía no equivale a soberanía, sino que consiste en la capacidad de constituirse en comunidad autónoma y asumir competencias en el marco previsto en la carta magna. En

el mismo precepto que proclama el derecho a la autonomía, la Constitución de 1978 hace lo propio con el principio de «unidad indisoluble de la Nación española» para dejar claro que el ejercicio del derecho a la autonomía no puede poner en peligro esa unidad. El círculo de principios se cierra con el de solidaridad entre comunidades autónomas que garantiza el Estado.

La concreción del ejercicio de la autonomía y la asunción precisa de competencias se lleva a cabo través de la aprobación del respectivo Estatuto de autonomía. Luego de agotar la fase regional, el proceso concluye con la aprobación por las Cortes Generales, es decir, por el Parlamento central. En el caso de ciertas comunidades, es preciso que se celebre un referéndum de ratificación del cuerpo electoral de la comunidad afectada. A la vista está que los Estatutos son normas pactadas entre la región (si está constituida ya en comunidad, por su Parlamento) y el Estado a través de las Cortes Generales, así que la autonomía no equivale al poder constituyente de las entidades federativas que suele caracterizar al federalismo. No obstante, las normas estatutarias completan, al concretarse para cada comunidad, las disposiciones constitucionales porque, dado que la Constitución española no reparte efectivamente el poder entre el Estado y las comunidades, son los Estatutos respectivos los que cumplen esta tarea de la que se ocupa la constitución federal en un Estado federal. Por ello, los Estatutos son, materialmente, normas constitucionales y, lógicamente, integran el bloque de constitucionalidad, que es el parámetro de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional español cuando debe resolver los conflictos competenciales entre el Estado y cada comunidad.

Las diferencias en la asunción de competencias por parte de cada comunidad generó la asimetría a la que ya se ha hecho referencia y que no suele darse en el Estado federal porque en este es una sola norma, la constitucional federal, la que efectivamente reparte el poder político entre la federación y los estados. En España es cada Estatuto (diez y siete, más los de Ceuta y Melilla) el que efectivamente lleva a cabo ese reparto, dentro del marco constitucional, que consiente las asimetrías derivadas del procedimiento constitucional mediante el que se ejerció el derecho a la autonomía (del que destacan dos extremos: en primer término, el agotamiento del procedimiento más complicado porque proporcionaba más competencias a la región que lo concluía, y, en segundo lugar, los irreductibles «derechos históricos» solo predicados de un par de regiones). Acabó así confeccionándose un traje a la medida para el cuerpo político español que reflejaba y aún refleja el pluralismo territorial de España.

Como se ha apuntado, la evolución de la descentralización española ha generado una cierta equiparación de competencias entre todas las comunidades. El

primer paso fue constituir en todas ellas su parlamento propio, previsión que no imponía necesariamente la constitución en todos los casos, y, en consecuencia, dotar a todas de la capacidad de decisión política formalizada en leyes. A continuación, fueron homogeneizándose las competencias sustantivas, es decir, los ámbitos materiales sobre los que esa capacidad de decisión se proyectaba. Con todo, subsisten diferencias relevantes que permiten identificar la asimetría apuntada. A pesar de todo, el grado de descentralización del que todas las comunidades se benefician en la actualidad muy profundo porque, al aprobar los estatutos de autonomía y sus reformas mediante ley orgánica, el Estado ha ido desprendiéndose de poder político en beneficio de las comunidades. No faltan algunas voces, aun minoritarias, que sugieren recentralizar algunas materias o aprovechar los cauces previstos en la constitución (las leyes de armonización, sobre todo) para evitar la dispersión que toda descentralización genera de forma natural.

Hay algo, sin embargo, en lo que todas las comunidades son iguales: todas, sin excepción, carecen de un Poder Judicial propio. El único Poder Judicial existente es el estatal que se ocupa por tanto de aplicar el derecho del Estado y el de las comunidades autónomas, sin olvidar el de la Unión Europea. Bien es cierto que la planta del Poder Judicial estatal se adapta a la estructura autonómica y que hay un Tribunal Superior de Justicia en cada comunidad; pero este órgano no es autonómico, sino estatal. Por lo demás, del gobierno del Poder Judicial se ocupa un órgano constitucional también central: el Consejo General del Poder Judicial. En definitiva, los Poderes Ejecutivo y Legislativo están descentralizados, pero se mantiene centralizado el Judicial, en contraste con el Estado federal, que suele descentralizar los tres poderes esenciales del Estado. Lo que acabó consintiendo el Tribunal Constitucional español fue la descentralización de la que denominó «administración de la administración de justicia», es decir, la provisión de medios para el Poder Judicial de la que pueden ocuparse las comunidades.

Esta descentralización que deja al margen al Poder Judicial, junto con la ausencia de efectiva constitucionalización del reparto territorial del poder político y la inexistencia de un poder constituyente autonómico, caracterizan la vertebración territorial asimétrica española. A pesar de estas peculiaridades que distinguen el modelo español del federal, existe en España una descentralización muy profunda, eventualmente mayor que en algunos Estados federales, dado que numerosas —e importantes— materias han quedado, aun de forma desigual, en manos de las comunidades. Buena parte de la doctrina ha asimilado esta situación a la de una profunda federalización, pero subsisten las diferencias, no poco importantes, como hemos apuntado, entre la descentralización española y una canónica federación de estados.

Por otro lado, conviene recordar que España forma parte desde 1987 de la Unión Europea, una organización supranacional que se superpone a los Estados miembros y que se nutre del poder político cedido por estos, cesión reversible como ha demostrado el *Brexit* —es decir, la separación del Reino Unido—. Esta peripecia acredita la existencia en el orden jurídico de la Unión Europea de elementos propios de una organización internacional, aunque cada vez sean más y más predominantes los propios del derecho constitucional.

El panorama descrito ilustra un proceso de profunda descentralización iniciado en España a partir de la Constitución de 1978, que ha sido simultáneo a un despojamiento de poder político en beneficio de la Unión Europea que afectaba tanto al Estado como a las comunidades autónomas, cesión de soberanía que ha sido fuente de nuevos conflictos entre el Estado y comunidades en relación con las fases ascendente (creación) y descendente (aplicación) del derecho de la Unión Europea. La integración supranacional en la Unión Europea implica, evidentemente, una centralización por arriba a través sobre todo del derecho que la Unión aprueba, amén de las orientaciones políticas que inspira.

IV. NACIONALISMO Y SEPARATISMO CONTRA EL RÉGIMEN POLÍTICO DE 1978

En el marco descrito, se han ido produciendo los embates separatistas contra la España constitucional, en especial en el País Vasco y en Cataluña (dos de las comunidades más ricas de España). En el primer caso, se ha involucrado a la región de Navarra, cuya fusión pretenden los nacionalistas vascos que interpretan los derechos históricos que la Constitución reconoce a los tres territorios del País Vasco y a Navarra como equivalentes a la soberanía. Obviamente, el Tribunal Constitucional rechazó esta interpretación y recordó que el principio de unidad nacional también enmarca el disfrute de tales derechos históricos. Igualmente, las Cortes Generales rechazaron un proyecto de nuevo Estatuto aprobado por el Parlamento vasco y fundado en la equiparación de los derechos históricos con la soberanía.

El nacionalismo vasco en su versión más radical atormentó a la sociedad española a través del terrorismo de ETA, organización que finalmente se disolvió tras causar más de ochocientos muertos. La disolución de los partidos políticos que apoyaban a ETA fue confirmada plenamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicando su doctrina, de acuerdo con la cual los objetivos políticos, que han de ser democráticos, deben defenderse a

través de medios democráticos o, en otras palabras, auspiciando las reformas pertinentes del orden jurídico, una vía que excluye por completo la violencia y por supuesto el terrorismo.

En Cataluña solo se desplegó un débil movimiento terrorista. A diferencia de lo que sucedió en el País Vasco —cuyos partidos nacionalistas se abstuvieron de apoyar la Constitución de 1978—, en Cataluña el apoyo al texto constitucional fue abrumador. Sin embargo, desde la crisis económica que comenzó en 2008 y, sobre todo, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 que declaró inconstitucionales algunos artículos del nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 aprobado por las Cortes Generales y ratificado en referéndum —este, perfectamente legal— por el cuerpo electoral de Cataluña (aunque con una baja participación). Al margen de la incomodidad política de someter a control de constitucionalidad un Estatuto ratificado por el cuerpo electoral y de la tardanza del Tribunal Constitucional en emitir su sentencia, lo cierto es que el malestar político fue en aumento, alimentado por la inestabilidad económica. Creció la agitación social y las posturas radicales ya abiertamente separatistas que acabaron reflejándose en leyes del Parlamento catalán, algunas de las cuales fueron aprobadas vulnerando los derechos de los parlamentarios no independentistas. El Parlamento de Cataluña se colocó en posición de franca desobediencia frente al Estado, primero aprobando las denominadas «leyes de desconexión» que contemplaban, entre otras medidas, la celebración de un referéndum de independencia y la posterior apertura de un proceso constituyente. Este referéndum, que fue prohibido por el Tribunal Constitucional, acabó celebrándose sin garantías y con una baja participación. Sin embargo, justificó un nuevo acto ilegal: la declaración unilateral de independencia en el Parlamento catalán, que en el mismo acto la suspendió a la espera de iniciar una negociación con el Estado para concretarla. Tan franca rebeldía motivó la inmediata reacción del Estado, que, con la aprobación del Senado activó el artículo 155 de la Constitución e intervino la Generalidad de Cataluña, destituyendo a su Gobierno y disolviendo su Parlamento para convocar nuevas elecciones. Por primera vez se activó este mecanismo, similar al de la intervención federal sobre las entidades federativas. Esta intervención duró unos pocos meses y, celebradas las nuevas elecciones, se formó un Gobierno regional de nuevo con mayoría nacionalista pero sin la presencia de quienes inspiraron los hechos que motivaron la intervención, que fueron sometidos a un proceso penal sustanciado de forma impecable en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y concluyó con la condena por el delito de sedición. La Sala rechazó que se hubiera cometido el delito más grave de rebelión. Poco tiempo

después de esta condena, el Gobierno central indultó a los condenados en medio de una intensa polémica.

Se diría que los independentistas, por increíble que parezca, creyeron que la coyuntura internacional les favorecía, cuando incluso el Tratado de la Unión Europea llama respetar la integridad territorial de los Estados miembros; pensaron que el Estado era tan débil que no iba a reaccionar. En todo caso, la independencia de Cataluña habría supuesto su salida de la Unión Europea y la necesidad de solicitar la adhesión para la que habría sido necesaria la unanimidad de los Estados parte y, en consecuencia, la aceptación del Estado español.

En el plano interno, si hubiera fructificado la independencia, Cataluña habría tenido que abrir un proceso constituyente propio, tal y como preveían las «leyes de desconexión», y también habría tenido que hacerlo el resto de España, pues el acto revolucionario —un golpe de Estado desde una comunidad autónoma— habría herido de muerte al régimen constitucional de 1978 nacido de la voluntad del pueblo español, incluyendo a los catalanes.

Los argumentos separatistas se basaban y aún se basan en una espuria interpretación del derecho a la autodeterminación de los pueblos proclamado por las Naciones Unidas. Es sabido, sin embargo, que este derecho fue concebido para el proceso de descolonización y no cabe duda de que el catalán no era ni es un pueblo colonizado por España, sino parte integrante del pueblo español, que es el titular de la soberanía que ejerció en 1978 con el concurso entusiasta de los catalanes. Cabe añadir que, junto con el resto de sus compatriotas, los catalanes han decidido reiteradamente en todas las elecciones libres (generales, autonómicas o municipales y también europeas) que se han celebrado en España desde 1978. La Constitución española se funda, pues, en la existencia de un *demos* único —el pueblo español— al que se le reconoce la titularidad de la soberanía, de suerte que decidir sobre la integridad territorial corresponde a ese pueblo español en su conjunto y no a una parte de él. Por eso mismo, el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reiterado que la independencia de Cataluña solo cabría si antes se realizara una reforma de la Constitución que incorporase la posibilidad de secesión con el reconocimiento del derecho de una parte del pueblo español a separarse del resto. Este trámite previo requeriría agotar el procedimiento agravado de reforma constitucional que prevé el artículo 168 de la carta magna y que concluye en un referéndum de todo el pueblo español. Solo entonces, cuando todos los españoles se hubieran pronunciado al respecto, los catalanes podrían de decidir sobre su independencia. Este proceso de reforma podría

haberlo impulsado el Parlamento de Cataluña, como puede hacerlo cualquier asamblea legislativa de cualquier Comunidad Autónoma.

Mientras tanto, todo intento de independencia unilateral es un hecho revolucionario que no tiene cabida en el ordenamiento nacional, en el de la Unión Europea y en el internacional. Tratar de subvertirlos, como se ha intentado, invocando la democracia —el «derecho a decidir»— contra el Estado de derecho no es sino una muestra de populismo, siempre proclive a violentar derechos —en este caso, el del resto de los españoles a decidir sobre la integridad de su país o el de los parlamentarios catalanes no independentistas— y a ignorar los procedimientos democráticos —el de reforma constitucional— para alterar legítimamente el orden jurídico. No se proscriben las ideas independentistas, que siempre han concurrido libremente en España, sino su uso a través de vías antidemocráticas para materializar sus objetivos.

Puede subsistir el problema político de que una mayoría de habitantes de una parte del territorio de un Estado no desee compartir nacionalidad con el resto de sus compatriotas y, aun siendo mayoría en un territorio, podría ser minoría en la totalidad estatal. La vía de reforma constitucional estaría políticamente cerrada pues, aunque pudieran tomar la iniciativa, como podría tomarla el Parlamento de Cataluña proponiendo a las Cortes Generales la reforma de la Constitución para que se reconociera a los catalanes la facultad de separarse, el voto mayoritario de todos los españoles podría ser contrario a la amputación de una parte de su territorio. Aquí radica el problema político que, sin embargo, solo cabría resolver por la vía de la reforma, cuya iniciativa, ya se ha dicho, está en manos del Parlamento autonómico. Esta posibilidad la ha recordado el Tribunal Constitucional en sus sentencias, pero el Parlamento de Cataluña nunca ha abierto esta vía. Al contrario, prefirieron la senda de la declaración unilateral de independencia tras un referéndum sin garantías y manifiestamente ilegal.

El resultado del proceso ha sido la división de la sociedad catalana entre nacionalistas y no nacionalistas (son más estos últimos, a pesar de que el sistema electoral que favorece a las provincias menos pobladas venga propicie la formación de gobiernos nacionalistas). Con todo, parece que hay un reflujó de las pretensiones independentistas que han ofrecido falsamente un futuro promisorio con la independencia y comienzan a percibir la imposibilidad de conseguirla. A pesar de todo, subsiste la incomodidad de una convivencia enrarecida, especialmente en Cataluña, donde se ha orillado a los no nacionalistas. Ya sabemos que la sociedad requiere un mínimo de concordia para prosperar y aun para existir y que la discordia generada por los separatistas ha acabado por dividir a la misma sociedad catalana, sumida todavía en la discordia alimentada por tantas mentiras de cuño populista.

V. CONCLUSIÓN

Sabido es que el nacionalismo es una enfermedad europea causante de innúmeras desgracias para ese continente. Para superarla, nacieron las comunidades europeas, ahora Unión Europea. Pero el nacionalismo generador de tanto odio sigue desgraciadamente al acecho. En su inmortal obra *El mundo del ayer*, Stefan Zweig describe la destrucción de esa cultural europea cosmopolita y pacífica perturbada por dos Guerras Mundiales que él sufrió como austriaco y como judío. El escritor habría contemplado complacido el nacimiento y fortalecimiento de la Unión Europea, que acaso acabará creando un *demos* europeo donde el saludable vínculo con lo que nos es más cercano, más inmediato y local enriquezca la variedad cultural de Europa sin necesidad de que esa diversidad se traduzca en el ascenso de ideologías políticas nacionalistas generadoras de separatismo y discordia.

Capítulo 10

¿QUÉ PUEDE APRENDER MÉXICO DE OTROS PAÍSES EN MATERIA DE FEDERALISMO JUDICIAL? UN MAPA EXPLORATORIO

Rodrigo Camarena González*

SUMARIO: I. ENTRE EL CENTRALISMO Y EL FEDERALISMO JUDICIAL. II. EQUILIBRIO TRANSNACIONAL EN LOS ESTUDIOS COMPARADOS. III. LOS ESLABONES EN EL EQUILIBRIO TRANSNACIONAL. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ENTRE EL CENTRALISMO Y EL FEDERALISMO JUDICIAL

Los poderes judiciales mexicanos operan entre inercias del centralismo y resistencias federalistas. Por un lado, es posible impugnar las sentencias de tribunales supremos estatales mediante el recurso federal de amparo directo, incluso cuando se trata de controversias sobre la interpretación de normas estatales.¹ Así, en una federación se ha consolidado irónicamente lo que se conoce como amparo-casación, un recurso judicial propio de Estados unitarios. Mediante este recurso, el Poder Judicial Federal (PJF) unifica las interpretaciones de treinta y dos poderes judiciales subnacionales.² La Suprema

* Departamento de Derecho, ITAM, México (rodrigo.camarena@itam.mx). Agradezco a Ricardo Alfredo Sodi, Ramón Ortega y Rafael Caballero por la organización del evento, estimulantes conversaciones y, sobre su todo, su trato cálido en el marco del 2º Congreso Nacional de Federalismo Judicial. Muchas gracias a María José Kobeh y Eve Roque por su trabajo de investigación.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 18 de noviembre del 2022. Artículo 107, III y V.

² Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, (México: UNAM, 1993), p. 30; véase, entre otras, Contradicción de Tesis 127/2011, min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 11 de enero del 2012.

Corte de Justicia la Nación (SCJN) ha llegado a admitir la procedencia de amparos contra las salas constitucionales estatales mediante la interpretación de sus propias constituciones locales.¹ Aunado al aparente asfixiamiento del amparo directo, existe cierto descuido presupuestario de las legislaturas locales en relación con los poderes judiciales subnacionales, a diferencia de la tendencia al alza del financiamiento federal.² Todas estas limitaciones se agregan a la escasa expresividad ciudadana de las constituciones locales y a la supuesta falta de prestigio de las juezas y magistradas estatales.³

Por otro lado, la propia Constitución federal que prevé el amparo directo reconoce que los estados son «soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior»,⁴ y les ordena garantizar la autonomía e independencia judicial.⁵ Asimismo, la misma SCJN que conceptualizó el amparo-casación ha empezado a generar una doctrina de «libertad configurativa» que celebra la diversidad normativa y el pluralismo entre estados.⁶ Las constituciones locales han establecido garantías presupuestarias constitucionales para sus poderes judiciales,⁷ y estos se han movilizad para que estas disposiciones no sean meros compromisos apócrifos o cláusulas durmientes.⁸ Igualmente, la aparente opresión del PJF parece desdibujarse en la práctica si se considera que el 80 % de los asuntos judiciales se originan en los estados.⁹ Además, la tasa de revocación de una sentencia de primera instancia a través del amparo directo

¹ Contradicción de Tesis 350/2009, min. Margarita Beatriz Luna Ramos, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 6 de mayo de 2010.

² Ana Laura Magaloni Kerpel y Carlos Elizondo Mayer-Serra, *La justicia de cabeza: la irracionalidad del gasto público. Cuaderno de debate núm. 10*, (México: CIDE 2011) 9.

³ Juventino Castro y Castro, *El Amparo Casación*, (México: Porrúa, 1993) 69.

⁴ CPEUM, Art. 40.

⁵ CPEUM, Art. 116 III.

⁶ Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, min. Sergio A. Valls Hernández, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 16 de agosto de 2010, par. 310; Amparo en Revisión 152/2013, min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 23 de abril de 2014, párr. 196.

⁷ Julio Ríos Figueroa y Luis Fernando Soto, *Instituciones judiciales subnacionales en México, 1917–2014*, (*Colombia Internacional* 91, 2017) 250.

⁸ Laurence Pantin y Adriana Aguilar, «Poderes judiciales locales: ¿el presupuesto los hará libres?», *Nexos* (2020), <<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/poderes-judiciales-locales-el-presupuesto-los-hara-libres/>>. Controversia Constitucional 23/2019, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (Promovida por el Estado de México, sobreseída por desistimiento.)

⁹ Juan Rebolledo y Frances McCall Rosenbluth, *Political Competition and Judicial Integrity: The Case of Mexico*, documento presentado durante la reunión anual de la APSA, (Toronto, 2009).

puede llegar a ser del .19 %.¹⁰ Para terminar, existe en México un renovado movimiento en contra de la centralización judicial y a favor de las autonomías judiciales locales que sorprende a juristas de otras federaciones con problemas de centralismo, entre ellas Brasil.¹¹

En este contexto de federalismo judicial centralizado, ¿qué pueden ofrecer los estudios jurídicos comparados para inclinar la balanza hacia la descentralización de la función judicial en México?, ¿cómo pueden guiar las experiencias extranjeras a la comparatista pro-federalismo judicial? En este texto argumentaré que las ideas jurídicas extranjeras son útiles para alcanzar un equilibrio transnacional entre el federalismo judicial al que se aspira, las experiencias globales que lo inspiran, y las características nacionales que lo condicionan. En la siguiente sección sugiero un marco metodológico para involucrarse con el derecho extranjero en el que las ideas foráneas funcionan como herramientas para el análisis crítico nacional y como catalizadoras de las ideas y prácticas nacionales pro-federalistas. Después, propondré un catálogo exploratorio del posible contenido de ese equilibrio nacional: disposiciones legislativas descentralizadoras de la función judicial, y doctrinas jurisprudenciales de relaciones entre poderes judiciales. Finalmente, concluiré con algunas observaciones preliminares.

II. EQUILIBRIO TRANSNACIONAL EN LOS ESTUDIOS COMPARADOS

En los estudios jurídicos comparados se suelen adoptar dos posturas extremas. Por un lado, el globalismo asume una postura universalista o cosmopolita en abstracto sin tomar en consideración la realidad y las necesidades nacionales.¹² En el otro, el nacionalismo celebra las instituciones locales, se concentra la autosuficiencia y especificidad nacional y se cierra a cualquier

¹⁰ Gladys F. Morales, *Proyecto de Tesis de Doctorado*, (México: Flasco México), 111-112, (manuscrito con el autor). Con datos del Consejo de la Judicatura Federal (2011–2016) sobre los Tribunales Colegiados en materia civil revocando sentencias dictadas por las Salas familiares de la Ciudad de México en las que 26.4 % otorgaron el amparo, pero solo 8.4 % de las sentencias de primera instancia llegaron hasta el amparo directo.

¹¹ Léo Ferreira Leony, «Control abstracto de constitucionalidad estadual. Nota sobre a experiência brasileira 224», *Memoria de la VII Mesa redonda sobre justicia constitucional en las entidades federativas*, (México: TEPJF, 2013), 235.

¹² Jeremy Waldron, «Foreign Law and The Modern Ius Gentium», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, (2005): 129-47.

diálogo más allá de sus fronteras territoriales.¹³ Deben rechazarse ambos extremos. Las ideas no son correctas por su carácter supuestamente universal, o inadecuadas por su origen nacional, sino por las consecuencias sociales que producen en un contexto determinado.

El transnacionalismo es un punto medio en los estudios comparados que parte de la modestia intelectual y el análisis crítico tanto del contexto nacional como de las ideas extranjeras. Este ve las experiencias de otras geografías no necesariamente como modelos a emular ni como creencias ajenas que deben evitarse, sino, como sugiere Vicki Jackson, como herramientas introspectivas para analizar críticamente el marco nacional,¹⁴ o, en una palabra, como sugiere Michelman, como «espejos».¹⁵

Los espejos sirven, en un primer momento, para visibilizar o hacer explícitas distinciones del caso nacional que de otra manera habrían pasado desapercibidas. Estas distinciones pueden ser de tres tipos: (a) peculiaridades virtuosas, (b) anomalías viciosas, y (c) condiciones endémicas. Las peculiaridades nacionales son propiedades o características distintivamente nacionales valoradas positivamente por la comparatista y motivo de orgullo patriótico al menos para ciertas connacionales. Estas no se deben darse por descontadas, sino que solo se visibilizan una vez que se compara. Se contrastan las experiencias nacionales y extranjeras y después se reafirma el *statu quo* nacional. Por ejemplo, una comparatista mexicana puede valorar el movimiento de las autonomías estatales en países con federalismo nominal se visibiliza como un punto positivo, una vez que lo compara con Brasil, que aparentemente carece del mismo.

Por su parte, las anomalías son ideas nacionales que la comparatista considera injustificadas o prácticas defectuosas nacionales que no se deben mantenerse, lagunas axiológicas que se hacen visibles una vez que se contrastan con los sistemas jurídicos de países que tienen principios compartidos y se constata que la regulación del principio en el derecho nacional es deficiente o inadecuada.¹⁶ Por ejemplo, como dice Roberto Lara, una vez que se contrasta el

¹³ Richard Posner, «No Thanks, We Already Have Our Own Laws», *Legal Affairs*, julio-agosto de 2004, consultado el 13 de enero, 2023, <https://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>.

¹⁴ Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, (Oxford: Oxford University Press, 2009) 71.

¹⁵ Frank. I. Michelman, «Reflection», *Texas Law Review*, vol. 82, (2003): 1737.

¹⁶ Sobre las lagunas axiológicas en la teoría del Derecho, véase, Carlos E. Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, (Buenos Aires: Astrea, 1987) 125.

amparo directo mexicano con los recursos judiciales de otros países federales y unitarios, salta a la vista su carácter centralista, vinculado a la «intrusión, dependencia, o subordinación» en perjuicio de los poderes judiciales locales.¹⁷ La comparatista se percata de que, en vez de concretar el principio de federalismo judicial, las disposiciones o doctrinas nacionales lo obstaculizan. Las anomalías son reglas competenciales que se asemejan más a las de países centralistas como Francia o Italia que a las de Estados federalistas como Alemania, Argentina, o Estados Unidos.

Finalmente, incluso si se pretende «trasplantar»¹⁸ la idea extranjera para superar la anomalía, la comparatista tiene que considerar las condiciones endémicas. Estas son características jurídicas o sociales nacionales más o menos arraigadas con las que la idea extranjera interactuará. La idea foránea (concepto, disposición, precedente, doctrina, institución, prácticas, etcétera) puede ser inspiradora, útil para contribuir a mejorar el estado actual de cosas, pero está interactuará con un nuevo contexto. Entonces, el contexto puede modificar la idea o la idea al contexto. Las condiciones endémicas tienen que tomarse en consideración para que la idea se adapte y tenga éxito en un nuevo contexto. Por ejemplo, si se trasplanta un precedente judicial extranjero sobre la autonomía estadual en materia judicial, deberá tenerse en cuenta cómo interactuará esta idea con ideas o prácticas más o menos federalistas, sean disposiciones constitucionales nacionales o subnacionales, otras doctrinas judiciales o aspectos de la cultura jurídica nacional.

Las condiciones evidencian que la modificación de la idea ya es descriptivamente bidireccional.

Invariablemente, la idea extranjera cambiará en el nuevo contexto nacional. El reto para la comparatista es ejercer un control normativo deliberado sobre este proceso de ajuste. Algunos comparatistas constitucionales llaman a este proceso de modificación intencional «préstamo por adaptación»¹⁹ o «reingeniería constitucional».²⁰ La meta de este proceso premeditado de rediseño es llegar a un equilibrio entre lo global y lo nacional. Berkowitz *et al*, sugieren que, para que el trasplante «sea efectivo, tiene que ser significativo

¹⁷ Roberto Lara Chagoyán, «Federalismo judicial y la anomalía del amparo directo», en R. Sodi Cuéllar (coord.), *Qué le toca a quién. Primer Congreso Nacional de Federalismo Judicial*, (México: Tirant Lo Blanch, 2022) 165-182.

¹⁸ Alan Watson, *Legal Transplants*, (Edimburgo,;Scottish Academic Press, 1974).

¹⁹ Wiktor Osiatynski, «Paradoxes of Constitutional Borrowing», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, (2003), 244-268, 252.

²⁰ Scott Stephenson, «Constitutional Reengineering: Dialogue's Migration from Canada to Australia», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, (2013) 870.

en el contexto en que se aplica, de manera que los ciudadanos tengan un incentivo para utilizar el derecho y exigir instituciones que aplican y desarrollan el derecho».²¹ Stephenson, propone una reingeniería entre lo «endógeno y lo exógeno»,²² adaptando, por ejemplo, la idea estadounidense de control judicial de la constitucionalidad, pero removiendo sus tintes de supremacía judicial de acuerdo con las necesidades de Australia, Canadá o Nueva Zelanda. La comparatista puede, o bien rediseñar estratégicamente la idea para que encuadre con el contexto nacional, o bien modificar el contexto nacional para que la idea sea fértil en nuevos terrenos.

De manera más precisa, podríamos decir que, en un segundo momento, la idea extranjera deja de ser un espejo de análisis y pasa a ser un catalizador, un factor de transformación de la realidad nacional. Una vez que se detecta una anomalía en el contexto nacional, la idea extranjera se convierte en una pieza que colma las lagunas del marco nacional, contribuye a superar inconsistencias internas, y da un impulso adicional o reactivo a las ideas y prácticas nacionales que ya existían, aunque quizás de manera minoritaria o embrionaria. Las condiciones nacionales podrán favorecer la adaptación de la idea extranjera, independientemente de si era o no su objetivo originario.

III. LOS ESLABONES EN EL EQUILIBRIO TRANSNACIONAL

La comparatista pro-federalismo judicial puede encontrar espejos y catalizadores al menos en dos fuentes: (a) disposiciones constitucionales y (b) doctrinas judiciales. Estas fuentes corresponden en mayor o menor medida al rol de la comparatista como parte de una asamblea constituyente o poder revisor, o como jueza superior.

1. *Disposiciones descentralizadoras de juicios constitucionales*

Como se ha señalado en la introducción, el diseño del control de la constitucionalidad mexicano ha sido predominantemente centralista. A pesar de los orígenes estatales del juicio de amparo en la constitución de Yucatán de 1841, el control de la constitucionalidad de la Constitución federal estuvo prácticamente centralizado en el amparo federal desde 1847. Luego, en la segunda mitad del siglo XIX, el amparo se expandió y también funcio-

²¹ Daniel Berkowitz, Katharina Pistor, y Richard Jean-Francois, «The Transplant Effect», *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, (2003) 167.

²² Stephenson, *op. cit.*, 876.

nó como un recurso judicial de legalidad similar a la casación. Más recientemente, el poder revisor nacional revitalizó el control concentrado de la Constitución nacional en 1994 en manos de la SCJN sin descentralizar esta función entre tribunales estatales.

Sin embargo, al menos desde el año 2000, las constituyentes sub-nacionales han resistido al centralismo creando medios estatales de control de constitucionalidad. Veracruz dio el primer paso mediante la creación de una sala constitucional que conocería del control abstracto de la constitucionalidad, las controversias constitucionales para tutelar la separación de poderes estatal, y el juicio de protección de los derechos para particulares. Le siguieron instituciones similares incorporadas a las constituyentes de Campeche, Chiapas, Coahuila, Durango, estado de México, Nayarit, Tlaxcala, Quintana Roo, entre otras. La innovación más reciente es la creación de la sala constitucional de la Ciudad de México, la acción de protección efectiva de derechos humanos, y los jueces de tutela.

A pesar de ello, el control constitucional local no ha sido muy visible en la práctica. Algunos legisladores veracruzanos llegaron a proponer la supresión de la sala constitucional argumentando que es ineficiente,²³ a pesar de que no existió una ley que regulara su actuación durante dieciocho años.²⁴ De manera similar, como lo ha notado Barreto Nava, la sala constitucional de la Ciudad de México, ha emitido tan solo once sentencias en tres años.²⁵ Los datos sugieren que los mecanismos federales de control de constitucionalidad siguen asumiéndose como prototípicos.

Sin perjuicio de las cuestiones presupuestarias, jurisprudenciales y administrativas, los estudios comparados pueden servir para seguir nutriendo el federalismo judicial mexicano, en particular el constitucionalismo local. La comparatista-constituyente puede partir de disposiciones elaboradas por ór-

²³ Congreso del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, «Iniciativa de Proyecto de Decreto que Reforma el Artículo 65 y Deroga el Artículo 64, todos de la Constitución Política del Estado De Veracruz de Ignacio de la Llave», *Gaceta Legislativa del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, número 44, publicado el 8 de junio de 2017, 5-7. <<https://www.Legisver.Gob.Mx/Gaceta/Gacetalxiv/GACETA44.Pdf>>.

²⁴ «Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave», Ley publicada en el Número Extraordinario 478 de la *Gaceta Oficial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, el jueves 29 de noviembre de 2018, última reforma publicada el 4 de febrero del 2020, <<https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/LCC291118.pdf>>.

²⁵ Oscar Guillermo Barreto Nova, *¿Qué hay de la actividad de la Sala Constitucional y de los Juzgados de Tutela de Derechos Humanos en la Ciudad de México?*, (2022) <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/que-hay-de-la-actividad-de-la-sala-constitucional-y-de-los-juzgados-de-tutela-de-derechos>>.

ganos de elección popular de otros países que descentralizan el control de constitucionalidad. Estas disposiciones pueden ser de una constitución nacional o de constituciones estatales entre otras.

Un ejemplo de descentralización por orden de la constitución nacional es el artículo 125 (2) de la Constitución brasileña. Esta disposición establece:

Cabe a los Estados la invocación de la inconstitucionalidad de leyes a actos normativos estatales o municipales frente a la Constitución del Estado, prohibiéndose la atribución de la legitimación para accionar a un órgano único.²⁶

Disposiciones como esta generan un doble incentivo. Por un lado, la carga de trabajo de cortes constitucionales o supremas saturadas puede aligerarse. El Supremo Tribunal Federal brasileño, por ejemplo, ha llegado a resolver decenas de miles de asuntos en un año.²⁷ De manera similar, la SCJN resolvió siete mil veinticinco asuntos en 2019,²⁸ cuatro mil treinta y siete en 2020²⁹ y tres mil doscientas veintiuno en 2021.³⁰ En el último año, la Corte resolvió doscientas sesenta y cuatro acciones y doscientas treinta y ocho controversias. Muchas de ellas versan sobre normas locales o separaciones de poderes de los estados y podrían resolverse bajo un marco jurídico estadual, al mismo tiempo que se reduce la sobrecarga de la SCJN. Por otro lado, se fortalece los tribunales subnacionales para que atiendan problemáticas locales. Los procesos de constitucionalidad local pueden ser un vehículo para que tribunales estatales den contenido concreto mediante su interpretación a nuevos derechos o a arreglos originales de separación de poderes que no se encuentren en la Constitución nacional. Además, las constituyentes locales pueden ampliar el catálogo de legitimación para acudir al control abstracto. La constitución del estado de Sao Paulo, por ejemplo, sin otorgar acceso universal al control abstracto, contempla la legitimación activa del Colegio de Abogados, los sindicatos y las asociaciones civiles para promover demandas de acción de inconstitucionalidad.³¹

En sociedades estratificadas con limitado acceso a la costosa justicia constitucional como México y Brasil, disposiciones como la de Sao Paulo rompen el

²⁶ Constitución de Brasil de 1988. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>>.

²⁷ El Supremo Tribunal Federal resuelve entre 80,000 y 100,000 casos anuales, en 2017 resolvió más de 126,000. Datos disponibles en: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>.

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2019*, p. XCVII.

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2020*, p. p. CXI.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe anual de labores 2021*, p. p. CXXXV.

³¹ Constituição Estadual de 05 de Outubro de 1989, art. 90. (Brasil) (Traducción del autor).

posible monopolio en manos del Tribunal Federal. En la Ciudad de México, en este sentido, se amplió la legitimación a la ciudadanía para interponer acciones de inconstitucionalidad, pero solo si se reúnen cinco mil firmas de electores locales.³² El espejo paulista da cuenta de la contingencia de diseño del control de la constitucionalidad y la posible anomalía mexicana. Después de todo, ¿por qué un solo individuo con cargo público como la fiscal o la *ombudsperson* pueden presentar demandas de control abstracto, pero no lo pueden hacer sindicatos u organizaciones de la asociación civil? La descentralización del control abstracto puede contribuir a reactivar tribunales constitucionales estatales y a abrir el foro judicial a litigantes estatales de los sectores privado y social que no están legitimadas para acudir a la corte nacional.

Pensemos en el potencial de una disposición de este tipo en el federalismo judicial mexicano en materia de derechos fundamentales. Por poner un ejemplo, aunque la Constitución federal no menciona a los animales, las constituciones de la Ciudad de México, Colima, Durango, Oaxaca, entre otras, los reconocen ya no como meros muebles semovientes, sino como auténticos seres sintientes. La de Colima incluso reconoce a la naturaleza «conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos».³³ Las salas constitucionales locales podrían, entonces, verificar si sus códigos civiles o sus leyes ambientales o de protección animal garantizan esta protección. La descentralización del control de constitucionalidad por mandato federal podría favorecer experimentos estatales en algunas partes de la república antes de que se repliquen en otras entidades. Si estas disposiciones dogmáticas locales se combinan con disposiciones orgánicas-pragmáticas que abran la legitimación a asociaciones civiles, fundaciones o colectivos se podría abrir un canal más para revisar judicialmente la protección legislativa estatal a animales o a los ecosistemas, sea por residualidad o por concurrencia. Además, las discusiones se centrarían en foros locales, con sus propios debates culturales internos o sus propias necesidades ecológicas regionales. Se multiplicarían, así, los canales de discusión en vez de centralizar el debate constitucional en la SCJN, a la que, además, es difícil acceder.

Para descentralizar el control de constitucionalidad de la SCJN a todas las entidades federativas sería necesario reformar el artículo 105 y artículos correlativos constitucionales relativos los poderes judiciales locales. Aunque una iniciativa de reforma a la Constitución federal es posible a propuesta de legisladoras federales o de la legislatura local, es un camino más gravoso y me-

³² Constitución de la Ciudad de México, art. 36 C.I.F.

³³ Constitución de Colima, art 2, IX, a), (reforma de 3 de agosto de 2019).

nos frecuente que reformar cada una de las constituciones locales, que es lo que ha sucedido en México. El problema es que, como se verá más adelante, mientras no cambie la postura de la SCJN sobre el poder de revisión del poder judicial federal sobre los poderes locales, en vez de descentralizar el control de constitucionalidad, se duplica la función.³⁴

Otro ejemplo comparado de descentralización de controles constitucionales —en este caso de control concreto— es la constitución de la provincia de Mendoza. Su artículo 21 establece el derecho a la tutela judicial de la libertad personal o *habeas corpus* respecto actos u omisiones de servidores estatales. De hecho, uno de los precedentes más importantes a nivel mundial sobre los derechos de los animales fue resuelto en sede local por un juzgado mendocino, no por la Corte Nacional en Buenos Aires. En este *habeas corpus* local se reconoció la personalidad jurídica del orangután Cecilia, su titularidad del derecho a la libertad, y su indebida privación por autoridades mendocinas.³⁵ Así, las disposiciones descentralizadoras pueden multiplicar foros sobre temas controversiales, o bien acercar la justicia local a la cotidianeidad de las personas habitantes de los estados.

De nuevo, en el país de las de detenciones arbitrarias, de Tlatelolco, de la guerra sucia, de los 43 de Ayotzinapa, de las más de cien mil personas desaparecidas, el espejo mendocino visibiliza una laguna axiológica mexicana: ¿Por qué la vía judicial más común para tutelar algo tan básico como la libertad personal es el amparo federal, incluso cuando los posibles perpetradores u omisores son servidores estatales o municipales? A pesar del contexto nacional de inseguridad, no hay un desarrollo legislativo ni jurisprudencial profundo ni adecuado en sede federal. Como lo notó el ministro en retiro Cossío, el amparo libertad se debería distinguir por una sumariedad extrema, el rol activo de la juzgadora en la búsqueda y en allegarse de pruebas, y, en general, un antiformalismo que favorezca el hallazgo a la persona.³⁶

³⁴ Incluso hay iniciativas de reforma constitucional (en teoría) encaminadas a fortalecer a los poderes judiciales locales que insisten en el poder de revisión de la SCJN sobre tribunales locales. Véase, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Rubén Rocha Moya, Olga Sánchez Cordero Dávila, Ricardo Monreal Ávila, Martí Batres Guadarrama, Imelda Castro Castro y Oscar Eduardo Ramírez Aguilar, *Gaceta del Senado*, 13 de septiembre de 2018, LXIV/1PPO-7/83379. <https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/83379>.

³⁵ EXPTE. NRO. P-72.254/15, Caso de Cecilia, Tercer Juzgado de Garantías, Poder Judicial Mendoza, Mendoza, Argentina, resuelto el 3 de noviembre 2016.

³⁶ José Ramón Cossío Díaz, «El amparo habeas corpus y las personas desaparecidas (II)», *Animal Político*, 9 de febrero de 2020, <<https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/>>

Una disposición constitucional estadual incorporando el amparo-libertad local, acompañada de otras medidas institucionales y de capacitación, podría ser un factor para paliar el problema de las detenciones ilegales o las desapariciones forzadas en las que son cómplices agentes de la seguridad pública estatal o municipal. De hecho, ya existen antecedentes en México de procesos locales de *habeas corpus*. Aunque quizás haya sido un mero compromiso apócrifo, en 1990 se creó en Guerrero el «recurso extraordinario de exhibición de personas».³⁷ Una diferencia, y quizás una anomalía, es que el recurso guerrerense es un mecanismo no jurisdiccional ante la comisión de derechos humanos. Esta anomalía hizo que, a pesar de su creación formal, el recurso no se utilice en la práctica, y cómo dice Cienfuegos Salgado, haya caído en el «olvido».³⁸ La anomalía podría ser explicada a la luz de las funciones generalmente no vinculantes de las comisiones de derechos humanos en México. A su vez, la anomalía podría ser superada trasladando las funciones al poder judicial local, con mayor prestigio, trayectoria y «dientes» que las comisiones de derechos.

De manera más integral, este tipo de disposiciones descentralizadoras pueden catalizar el replanteamiento de los medios de control de constitucionalidad concreto. A pesar del mandato convencional de contar con un recurso «sencillo y rápido»³⁹ para proteger sus derechos, el amparo indirecto mexicano sigue siendo un mecanismo complejo, tardado y caro, regulado por 271 artículos, envuelto por cientos de doctrinas judiciales en las que se encuentran reglas, subreglas, excepciones y excepciones a las excepciones que solo una jurista sofisticada puede dominar.⁴⁰ Considerando este estado de cosas, los agentes locales pueden colmar la laguna que han dejado el legislador y la jurisprudencia federal para disponer de un recurso local antiformalista y eficaz. Este replanteamiento, de nuevo, ya existe en las entidades federativas que plantean alternativas federalistas al amparo indirecto. Por ejemplo, la constitución de la Ciudad de México creó la acción de protección efectiva de derechos humanos, que puede ser presentada «sin mayores formalidades y a

el-amparo-habeas-corpus-y-las-personas-desaparecidas-ii/>.

³⁷ Constitución de Guerrero, Art.119 XIII.

³⁸ David Cienfuegos Salgado, «Un amparo local *habeas corpus*: el recurso extraordinario de exhibición de personas en el estado de Guerrero», en M. González Oropeza y E. Ferrer Mac-Gregor, (coords) *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. 1, (México, UNAM, 2011) 178.

³⁹ Convención de San José de Costa Rica, arts. 25 y 7.6.

⁴⁰ Francisca Giménez Pou, «El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, (2014): 91-103.

través de solicitud oral o escrita».⁴¹ Una vía alternativa para renovar el amparo federal, es que los «amparos locales» sean ese recurso sencillo que no solo litigantes de elite pueden formular, sino una queja accesible a cualquier persona que se siente violentada en sus derechos fundamentales reconocidos en sede local —en este caso, su libertad personal—.

La introducción de estas disposiciones descentralizadoras en cada una de las entidades es más sencilla que la reforma a la Constitución nacional. Las constituciones de todas las entidades federativas atribuyen la facultad de iniciativa de leyes a órganos judiciales locales. Por ejemplo, la constitución del estado de México, en su artículo 51 III, faculta al Tribunal Superior de Justicia para presentar iniciativas. Así, el Pleno del Tribunal podría presentar una iniciativa de reforma local que descentrenalice el amparo libertad en manos de tribunales mexiquenses.

Esta potencial reforma constitucional local debería acompañarse de una reforma legislativa local, y podría complementarse como catalizador de medidas administrativas judiciales internas. Por ejemplo, podrían utilizarse las escuelas judiciales locales para generar formato, estructura o contenido curricular novedoso sobre el tema del amparo libertad local o la desaparición forzosa, o invitar a docentes diversos o activistas para que impartan cursos multidisciplinarios. Las escuelas actualizan, capacitan, certifican, renuevan, y, (¿por qué no?) sacuden el marco epistémico a través del cual las juzgadoras abordan el derecho. Así, los estudios jurídicos comparados podrían ser una pieza más en la construcción del prestigio de los tribunales judiciales locales.

2. *Doctrinas de relaciones interjudiciales*

El mero diseño institucional federalizado de controles jurisdiccionales es insuficiente para revertir la tendencia centralista. Se necesita conocer por qué los órganos judiciales han interpretado las disposiciones de distribución de la función judicial en otros países federales. Independientemente de lo que parezcan sugerir los textos constitucionales, se requiere conocer si la relación del Poder Judicial Federal con los locales, en la práctica, es de superioridad, o coordinación y respeto mutuo. Tiene que conocerse cómo ha «vivido judicialmente»⁴² el federalismo.

⁴¹ Constitución de la Ciudad de México, art. 36 B. 3.

⁴² Sobre el derecho viviente, véase, entre otros: Gustavo Zagrebelsky, «Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia», *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, (2008): 325-335.

Por eso, la jueza-comparatista puede estudiar doctrinas de otros países federales que visibilicen que otro tipo de relaciones interjudiciales son posibles. Puede haber al menos tres tipos de doctrinas que conceptualicen la manera en que deben interactuar el poder judicial federal y los locales. En primer lugar, doctrinas judiciales en las que ambos poderes se reconocen mutuamente como partes con-iguales de una república. En segundo lugar, aquellas doctrinas que engloban reglas competenciales de tipo negativo en las que los tribunales federales se abstienen de pronunciarse por respeto a competencias locales. Finalmente, existen aquellas doctrinas judiciales de origen estadual que reconocen el papel activo de los tribunales locales en el desarrollar el derecho judicial, en particular los derechos fundamentales.

En primer lugar, el principio general de lealtad o cortesía federal (*Comity*) reconoce a cortes federales y estadales, antes que se deben cortesía mutua. Surgida originalmente en el derecho internacional público, la lealtad se refería a la posibilidad de discreción judicial de reconocer el derecho de otro Estado y ser deferente a sus normas. Después, en el mundo del federalismo judicial dual de Estados Unidos, la doctrina pasó a ser un principio quizás ambiguo, pero expresivo que reconoce al poder judicial federal y a los estatales como entes autónomos con competencias diferenciadas en las que cada uno de ellos puede tener la última palabra en ciertos temas.⁴³

El espejo de la lealtad federal de los estudios comparados revela que el federalismo judicial mexicano ha vivido sofocado por el centralismo. Primero, históricamente, la SCJN amplió sus competencias más allá de la Ley de Amparo con la doctrina de la «exacta aplicación» para revisar la legalidad de sentencias estadales en principio solo en materia penal, pero después en todas las materias.⁴⁴ Más adelante, los tribunales colegiados continuaron con la doctrina de las «violaciones indirectas»⁴⁵ para verificar la legalidad de resoluciones estatales, una vez que se agotaran los recursos ordinarios estatales. Más recientemente, el Pleno de la Corte (con votación 10 a 1) admitió la com-

⁴³ *Loucks vs Standard Oil Co.* – 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198 (1918); Rehnquist, James, «Taking Comity Seriously: How to Neutralize the Abstention Doctrine», *Stanford Law Review*, vol. 46, núm. 5, (1994): 1066-1068; *Younger vs. Harris*, 401 U.S. 37 (1971).

⁴⁴ Ley de Amparo de 1869, art. 8; Serna de la Garza, José María, «El amparo-casación en el pensamiento de Emilio Rabasa», *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I: *Derecho romano. Historia del Derecho*, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006) 487-493, 488-489.

⁴⁵ «RECURSOS ORDINARIOS. VIOLACIONES DIRECTAS Y VIOLACIONES INDIRECTAS DE LA CONSTITUCIÓN». Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, Tesis de Jurisprudencia, *Semanario judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 127-132, Sexta Parte, p. 201. Reg. Digital: 251825.

petencia de tribunales federales para revisar las sentencias de constitucionales locales incluso cuando interpretan sus propias constituciones estatales. La Corte ha afirmado que, por más discreción que tengan los tribunales locales, y por más que se valore la diversidad, es «indispensable una cierta uniformidad»⁴⁶ e incluso los colegiados son competentes para «garantizar que la interpretación de los derechos humanos del orden jurídico local no afecte el contenido esencial de las garantías individuales».⁴⁷ Así, el Poder Judicial Federal ha ido ampliando su competencia y reduciendo la de los locales. Como el ministro Valls afirmó en disidencia, el PJJF no debería ser un «vigilante»⁴⁸ del poder judicial local:

Hasta ahora la «colaboración» ha ido en un solo sentido: de la federación a los estados. Los tribunales federales «corrigen» los errores de los tribunales de los estados por la vía del amparo directo.⁴⁹

La lealtad federal resuena curiosamente en suelos mexicanos. La doctrina visibiliza anomalías, lagunas axiológicas y tensiones internas, pero ahora de fuente jurisprudencial. Si la SCJN ha reconocido que la interacción entre las normas federales y estatales se da en términos de competencia y no de jerarquía,⁵⁰ ¿por qué es competente para revisar cualquier sentencia de los tribunales locales?, ¿por qué no existe zona competencial estatal que sea inmune a la revisión federal? Si todas las sentencias locales, agotando los recursos ordinarios estatales, son impugnables en sede federal, las decisiones locales se convierten en meras recomendaciones. Los tribunales federales se han arrogado competencias federales que carcomen las locales a través de reglas judiciales que permiten pronunciarse en todos los casos, sin admitir escenarios correlativos en los que se les prohíba pronunciarse sobre temas estatales. El federalismo judicial se ha vaciado a través de la jurisprudencia para llegar a una mera descentralización nominal o ilusoria.

Una vez detectada la anomalía del federalismo nominal mexicano en relación con otros países que reconocen la lealtad, y reveladas las tensiones internas, puede ser útil conocer otras doctrinas que aterrizan el respeto mutuo y que encuentran cierto eco en México. En Estados Unidos, las cortes federales

⁴⁶ C.T. 350/2009, *supra* nota 112, p. 37

⁴⁷ *Ibidem*, 39.

⁴⁸ C.T. 350/2009, *supra* nota 112, Voto particular de Sergio A. Valls Hernández, p. 7.

⁴⁹ *Ibidem*, 9.

⁵⁰ «LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN», Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [J.]: 3a. /J. 10/91, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VII, Marzo de 1991, p. 56 Reg. digital: 207030.

han generado las doctrinas de la «abstención».⁵¹ Según estas doctrinas, los tribunales federales deben rehusar resolver controversias judiciales o aspectos de estas que se resolverían de mejor manera en sede estatal. Una de las más famosas reglas de abstención es la *Pullman Abstention*. Según esta regla, las cortes federales deben esperar a que la corte estatal interprete una norma estadual cuya inconstitucionalidad se reclama,⁵² aunque retiene jurisdicción si la interpretación dada es posiblemente inconstitucional en términos de la Constitución nacional. Otra doctrina relacionada es la de los «fundamentos estatales adecuados e independientes», que sostiene que una corte federal no debe resolver un asunto si este puede ser resuelto bajo el marco jurídico estatal de manera adecuada e independiente al federal.⁵³

Como ha observado Arenas Bátiz, en Argentina existe la doctrina del control de la arbitrariedad.⁵⁴ Esta doctrina regula el acceso al recurso extraordinario federal para verificar la constitucionalidad de sentencias definitivas de tribunales, locales o federales. El recurso es, al menos teóricamente, excepcional: solo procede cuando la sentencia del tribunal superior provincial carece de motivación razonada que impliquen agravios o cuestiones federales.⁵⁵ Las cuestiones federales, a su vez, son tres:⁵⁶ desconocimiento de tratado internacional, ley estatal o autoridad nacional; colisión entre una norma federal y una provincial resuelta a favor de la provincia; desconocimiento de las cláusulas de la Constitución, tratados, leyes nacionales, o comisiones en nombre de la autoridad nacional.

Las doctrinas de la arbitrariedad o de la abstención pueden catalizar posturas jurisprudenciales que hoy son minoritarias para transitar hacia un federalismo judicial más amplio. Algunos juzgadores federales ya se han pronunciado en términos similares a la abstención, aunque con otra terminología.

⁵¹ Véase, p. ej., Martin H Redish, «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function», *Yale Law Journal*, vol. 94, (1984): 71-115; L. Birdsong, «Comity and our Federalism in the Twenty-First Century: The Abstention Doctrines Will Always be with Us-Get over It», *Creighton Law Review*, vol. 36, (2002): 375-424.

⁵² *Railroad Commission vs. Pullman Co.*, 312 U.S. 496 (1941).

⁵³ Cynthia L. Fountaine, «Article III and the adequate and independent State grounds doctrine», *American University Law Review*, vol. 48, núm. 5, (1998): 1053-1100, *Herb vs. Pitcairn*, 324 U.S. 117, 125 (1945).

⁵⁴ Carlos Emilio Arenas Bátiz, «Por un federalismo judicial sin violaciones “indirectas” a la constitución», en J.M. De la Garza, José María (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*, (México: UNAM, 2022) 191.

⁵⁵ Corte Suprema, abril 1986, *Strada, Juan L. c. Ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Dean Funes, Saavedra, Barra y Cullen* (Argentina).

⁵⁶ Ley n° 48, Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, art. 14 (Argentina).

Un tribunal colegiado, por ejemplo, rechazó su competencia para revisar las sentencias de salas constitucionales locales pues «lejos de implicar una denegación de administración de justicia, constituye el reconocimiento y respeto a la autonomía de la Sala».⁵⁷

Además, las doctrinas de abstención y la arbitrariedad contribuyen a visibilizar más tensiones jurisprudenciales nacionales sobre lo que es una correcta interpretación judicial y sobre la posibilidad de «corregirlas» por el (supuestamente) superior. En algunos precedentes, la SCJN ha reconocido que no existe un único o preferido método interpretativo, sino que la intérprete puede elegir entre muchos cánones ya sea «gramatical, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico».⁵⁸ Luego, es posible que la elección de un método distinto arroje conclusiones diversas e incluso contradictorias. Por ejemplo, puede diferirse de la interpretación de la legisladora de carne y hueso en su exposición de motivo, si se prefiere una interpretación sistemática del texto o una consecuencialista relativa a las repercusiones del fallo. De manera similar, la Corte ha adoptado la distinción de orígenes escépticos entre «disposición y norma»⁵⁹ que acepta que un mismo texto puede ser interpretado de maneras distintas.

Estas doctrinas mexicanas sobre métodos interpretativos y disposiciones configuran sobre lo que podría llamarse un relativismo interpretativo moderado. La Corte acepta que los textos que interpretan los agentes judiciales pueden interpretarse de manera equívoca, y se tolera cierta divergencia en las interpretaciones. Entonces, si las juzgadoras pueden válidamente interpretar una misma disposición en distinto sentido ¿por qué se asume que hay respuestas correctas que deben ser impuestas por el PJP incluso sobre cuestiones estatales? Aunque un sistema de recursos judiciales se base en la posibilidad de que el superior revoque la decisión del inferior, tal y como lo ha sostenido la Corte, la relación entre el orden federal y los estatales no es de jerarquía, sino de competencia.

Las doctrinas extranjeras, en conjunto con los precedentes judiciales nacionales, visibilizan que se ha forjado una doctrina de la supuesta superioridad

⁵⁷ Amparo Directo en Revisión 314/2007, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, citado en CT 350/2009, *supra* nota 112, p. 5.

⁵⁸ Amparo Directo en Revisión 1225/2006, min. Juan N. Silva Meza, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 30 de enero de 2007, p. 99.

⁵⁹ Ej. Contradicción de Tesis 293/2011, min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 3 de septiembre de 2012, p. 57. Sobre sus orígenes, véase Chiassoni, Pierluigi, «Disposición y Norma: Una Distinción Revolucionaria», en S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), *Disposición vs. Norma*, (Lima: Palestra, 2011) 7-17.

federal, que puede ser superada por doctrinas nacionales afines a la abstención. El PJJF no debe contar con competencia ilimitada para revisar sentencias locales, sino que se debe limitar a un entendimiento acotado de lo que se entiende por «cuestiones federales». El PJJF debe intervenir si y solo si, existe una cuestión federal. A su vez, la cuestión federal debe entenderse en términos limitados. No debe entenderse violaciones indirectas a la Constitución nacional en temas de pura legalidad, interpretaciones de normas estatales, y mucho menos interpretaciones novedosas de constituciones estatales, salvo que haya una tensión insuperable entre la interpretación judicial del tribunal superior local y la interpretación de la SCJN sobre el tema regulado por la constitución nacional. Por lo tanto, el principio general que podría guiar al PJJF, en caso de consolidarse una nueva doctrina pro-federalista en México sería el de maximizar la competencia de los tribunales locales, y minimizar la competencia de los federales para revisar sentencias estatales.

Finalmente, hay conceptos o doctrinas extranjeras que reconocen el papel activo de tribunales supremos en el desarrollo del derecho constitucional. Escribiendo extra-judicialmente, el entonces ministro de la Corte de Estados Unidos, Brennan Jr., celebró en un artículo la tendencia de los tribunales locales en Estados Unidos de los 70 de interpretar de manera independiente los derechos reconocidos por sus constituciones estatales incluso si su redacción era idéntica a las disposiciones de la Constitución federal.⁶⁰ Aplaudió, por ejemplo, que la Corte Suprema de Hawái sostuviera que la «divergencia entre significados» sobre mismas palabras entre la corte federal y las estatales era «tolerada» por el federalismo estadounidense cuando esto resulta en una «mayor protección de los derechos».⁶¹ Brennan, al igual que las cortes supremas de California, Nueva Jersey, entre otras, consideraron que las constituciones locales no eran meras repeticiones de la federal, sino un foro para una doble protección de los derechos. La postura de Brennan fue celebrada por algunas juezas estatales como Judith Kaye, quien afirmó que antes de su artículo «apenas recordábamos que nuestro estado tenía una constitución».⁶² El corazón del federalismo judicial que Brennan percibió fue la posibilidad

⁶⁰ William J. Brennan, «State Constitutions and the Protection of Individual Rights», *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 3, (1977) 489-504.

⁶¹ *State vs. Kaluna* 520 P.2d 51 (1974) citado en Brennan, *op. cit.*, p. 500.

⁶² Kaye, Judith S. «State Courts at the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions», *New York University Law Review*, vol. 70, núm. 1, (1995): 11-12. Aunque también fue criticado por promover un activismo judicial liberal. Véase, Maltz, Earl M., «False Prophet—Justice Brennan and the Theory of State Constitutional Law», *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 15, núm. 3, (1988): 433-434 1988.

de que las juzgadoras estatales dieran más protección a los derechos que las cortes federales.⁶³

El nuevo federalismo celebrado por Brennan sugiere la existencia de inercias opuestas en México. Por un lado, las constituciones locales fueron prácticamente ignoradas por mucho tiempo, al grado de que algunas llegaron a considerarse no como auténticas normas supremas sino meras leyes reglamentarias.⁶⁴ La Corte llegó a afirmar que las legislaturas locales no podrían ni siquiera referirse al parámetro de constitucionalidad establecido por la Constitución federal.⁶⁵ Pero este desprecio por las constituciones locales empezó a cambiar. A partir de la reforma de 2011, cierto entendimiento federalista del principio de progresividad, y la creación de la Constitución de la Ciudad de México, la SCJN ha entendido que la facultad de proteger los derechos humanos es una «responsabilidad compartida»⁶⁶ entre la federación y estados.

Bajo esta nueva postura, las constituyentes y legisladoras locales están facultadas para ampliar los derechos, siempre y cuando no mermen el núcleo esencial de otros derechos fundamentales federales. A su vez, esta facultad se enmarca en los mecanismos conocidos de distribución de competencias a saber: exclusividad explícita, residualidad o exclusividad implícita, concurrencia, entre otros. Más recientemente, la Corte ha entendido que la regulación de algunos derechos, como el derecho de petición, encuadran con facultades competenciales de tipo «coincidente»,⁶⁷ entendiendo por estas materias en las que ambos órdenes pueden intervenir: una parte la realiza el nivel federal y otra el estadual.

En vista de esta nueva tendencia pro-federalismo, los poderes judiciales locales pueden continuar vía interpretación con esta protección de los derechos en el ámbito de sus competencias. Por ejemplo, una jueza en Colima podría interpretar el alcance del reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos y determinar si puede haber intereses contrapuestos entre humanos y ecosistemas, o empezar a definir qué significa que los ríos o lagos tengan derechos. Esta labor jurisprudencial podría ser tarea singular de la judicatura de

⁶³ Véase, *State vs. Johnson*, 68 N.J. 349, 346 A.2d 66 (N.J. 1975).

⁶⁴ Martí Capitanachi, Luz del Carmen, «Las constituciones locales en el sistema federal mexicano, ¿son verdaderas constituciones?», en J.M. Serna de la Garza (coord.), *Federalismo y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (2002) 645-661.

⁶⁵ Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, min. Alberto Pérez Dayán, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 14 de junio de 2016, p. 27.

⁶⁶ Acción de Inconstitucionalidad 15/2017, min. Javier Laynez Potisek, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto 6 de septiembre de 2018, párr. 51.

⁶⁷ Contradicción de Tesis 49/2018, min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto 5 de noviembre de 2018, p. 53.

Colima ya que es la única entidad del país que reconoce a la naturaleza como ente autónomo de derechos. De manera similar, aunque la Constitución federal reconoce el derecho al acceso a internet, las constituciones de Baja California Sur, Ciudad de México, Durango y Tabasco amplían este derecho al darle el carácter de gratuito.⁶⁸ Asumiendo que se trata de una materia coincidente en cuestión de protección de derechos humanos y no exclusiva federal en materia de telecomunicaciones, cada una de las judicaturas de estas entidades podría empezar a contribuir jurisprudencialmente. Todas podrían definir qué se entiende por «internet gratuito», y fijar precedentes que aclaren si es para cualquier fin o solo para fines educativos o culturales. A su vez, habría diferenciación regional en cuanto los espacios en los que se ejercen y correlativa diferenciación jurisprudencial. La constitución de Baja California limita el derecho a las bibliotecas, en Ciudad de México a todos los espacios públicos (incluyendo edificios gubernamentales y recintos culturales), y la de Tabasco no menciona limitación espacial, aunque lo reconoce como un derecho progresivo. De esta manera, los tribunales estatales podrían ir experimentando y contribuyendo a un debate plural nacional sobre el alcance y naturaleza de estos nuevos derechos.

Así, los estudios jurídicos comparados sirven para cerrar un marco tripartito de relaciones interjudiciales. En primer lugar, se abre un escenario de respeto entre poderes judiciales federales y estatales como iguales. Después, este respeto se complementa con un entendimiento limitado de lo que son cuestiones federales y una serie de prohibiciones competenciales que impiden que tribunales federales revisen sentencias estatales. Finalmente, se reconoce la labor compartida y diferenciada de tribunales en la creación judicial del derecho y la protección a los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIÓN

En este texto argumenté que los estudios jurídicos comparados tienen una doble utilidad para fortalecer el federalismo judicial en México. En un primer momento, las ideas extranjeras pueden servir como espejos para visibilizar virtudes, anomalías o condiciones locales. En un segundo momento, pueden servir como catalizadoras de la cada vez más fuerte tendencia federalista en el país.

⁶⁸ Constitución de Baja California Sur, art. 10, párr. 3; Constitución de Durango, art. 30; Constitución de la Ciudad de México, art. 8 C. 3; Constitución de Tabasco, art. 2 XVII.

Hay dos grandes conjuntos de ideas extranjeras que pueden ser útiles: disposiciones que descentralizan el control de la constitucionalidad y doctrinas que maximizan la autonomía judicial. Como espejos, las disposiciones descentralizadoras dan cuenta de las anomalías centralistas del control de constitucionalidad en México, tanto abstracto como concreto. Como catalizadoras, las ideas dan un impulso extra al movimiento pro-federalista mexicano a favor de un control abstracto más accesible y un control concreto más informal y sumario. Las doctrinas judiciales extranjeras visibilizan una opresión centralista no solo judicial sino jurisprudencial de los poderes judiciales locales. Por otro lado, estas doctrinas preparan el camino para un punto de inflexión que acabe con esta y se consolide una nueva doctrina nacional en las que los tribunales federales se abstengan de resolver cuestiones locales. Para culminar, los tribunales estatales pueden concretar y dar vigencia a los derechos constitucionales locales a través de jurisprudencia diferenciada por necesidades regionales.

Esta es una muestra preliminar de cómo los estudios jurídicos de otras latitudes pueden contribuir a incrementar el federalismo judicial en el país, pero sus efectos sociales deben ir más allá. El fin último de descentralizar el poder público es reequilibrar las asimetrías de poder que afectan a las personas en su libertad, igualdad, y diversidad. Al dispersar el acceso al control de la constitucionalidad contra normas, se abren foros más cercanos a la gente y se crean contrapesos sobre legisladoras locales y funcionarias municipales. Al crear mecanismos de control concreto más informales y sumarios se recuerda que los derechos son herramientas para las personas de a pie, no para las juristas. Al pluralizar las sedes de desarrollo jurisprudencial en todas las entidades federativas se gana en diversidad de voces y se amplían las posibilidades de generar nuevos entendimientos de los derechos, más allá de lo que suceda en el PJE, sobre todo en la SCJN. Una visión informada de lo que sucede en otras latitudes federalistas se puede traducir en una práctica judicial menos homogénea, parroquial y centralista.

V. BIBLIOGRAFÍA

Acción de Inconstitucionalidad 15/2017, min. Javier Laynez Potisek, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto 6 de septiembre de 2018, párr. 51.

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, min. Sergio A. Valls Hernández, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 16 de agosto de 2010.

- Acción de Inconstitucionalidad 75/2015, min. Alberto Pérez Dayán, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 14 de junio de 2016, p. 27.
- Alan Watson. *Legal Transplants*, (Edimburgo,;Scottish Academic Press, 1974).
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Amparo Directo en Revisión 1225/2006, min. Juan N. Silva Meza, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 30 de enero de 2007, p. 99.
- Amparo Directo en Revisión 1225/2006, min. Juan N. Silva Meza, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 30 de enero de 2007, p. 99.
- Amparo Directo en Revisión 314/2007, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, citado en CT 350/2009, supra nota 112, p. 5.
- Amparo Directo en Revisión 314/2007, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, citado en CT 350/2009, supra nota 112, p. 5.
- Amparo en Revisión 152/2013, min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 23 de abril de 2014, párr. 196.
- Arenas Bátiz, Carlos Emilio. «Por un federalismo judicial sin violaciones “indirectas” a la constitución». en J.M. De la Garza, José María (coord.), *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: leyes, políticas públicas y entorno social*. (México: UNAM, 2022) 191.
- Berkowitz, Daniel, Pistor, Katharina y Jean-Francois, Richard. «The Transplant Effect». *American Journal of Comparative Law*, vol. 51, (2003).
- Birdsong, L. «Comity and our Federalism in the Twenty-First Century: The Abstention Doctrines Will Always be with Us-Get over It». *Creighton Law Review*, vol. 36, (2002): 375-424.
- Brennan, William J. «State Constitutions and the Protection of Individual Rights». *Harvard Law Review*, vol. 90, núm. 3, (1977) 489-504.
- Cienfuegos Salgado, David. «Un amparo local habeas corpus: el recurso extraordinario de exhibición de personas en el estado de guerrero». En M.

González Oropeza y E. Ferrer Mac-Gregor, (coords) *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. 1, (México, UNAM, 2011) 178.

Congreso del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, «Iniciativa de Proyecto de Decreto que Reforma el Artículo 65 y Deroga el Artículo 64, todos de la Constitución Política del Estado De Veracruz de Ignacio de la Llave», *Gaceta Legislativa del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, número 44, publicado el 8 de junio de 2017, 5-7. <<https://Www.Legisver.Gob.Mx/Gaceta/Gacetalxiv/GACETA44.Pdf>>.

Constitución de Brasil de 1988. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0507.pdf>>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 18 de noviembre del 2022.

Contradicción de Tesis 127/2011, min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 11 de enero del 2012.

Contradicción de Tesis 350/2009, min. Margarita Beatriz Luna Ramos, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 6 de mayo de 2010.

Contradicción de Tesis 49/2018, min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto 5 de noviembre de 2018, p. 53.

Convención de San José de Costa Rica, arts. 25 y 7.6.

Cossío Díaz, José Ramón. «El amparo habeas corpus y las personas desaparecidas (II)». *Animal Político*, 9 de febrero de 2020, <<https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/el-amparo-habeas-corpus-y-las-personas-desaparecidas-ii/>>.

Ferreira Leoncy, Léo. «Control abstracto de constitucionalidad estadual. Nota sobre a experiênciã brasileira 224». *Memoria de la VII Mesa redonda sobre justicia constitucional en las entidades federativas*, México: TEPJF, 2013.

Fix Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. México: UNAM, 1993.

Fountaine, Cynthia L. «Article III and the adequate and independent State grounds doctrine». *American University Law Review*, vol. 48, núm. 5, (1998): 1053-1100.

Frank. I. Michelman. «Reflection». *Texas Law Review*, vol. 82, (2003) 1737.

Giménez Pou, Francisca. «El nuevo amparo mexicano y la protección de los derechos: ¿ni tan nuevo ni tan protector?». *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, (2014): 91-103.

- Jackson, Vicki C. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Kaye, Judith S. «State Courts at the Dawn of a New Century: Common Law Courts Reading Statutes and Constitutions». *New York University Law Review*, vol. 70, núm. 1, (1995): 11-12.
- Lara Chagoyán, Roberto. «Federalismo judicial y la anomalía del amparo directo». En R. Sodi Cuéllar (coord.), *Qué le toca a quién. Primer Congreso Nacional de Federalismo Judicial*, México: Tirant Lo Blanch, 2022.
- «LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN», Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [J.]: 3a. /J. 10/91, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, Marzo de 1991, p. 56 Reg. digital: 207030.
- «Ley de Control Constitucional para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave», Ley publicada en el Número Extraordinario 478 de la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, el jueves 29 de noviembre de 2018, última reforma publicada el 4 de febrero del 2020, <<https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/LCC291118.pdf>>.
- Ley de Amparo de 1869, art. 8; Serna de la Garza, José María, «El amparo-casación en el pensamiento de Emilio Rabasa», *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I: Derecho romano. Historia del Derecho, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- Loucks vs Standard Oil Co. – 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198 (1918); Rehnquist, James, «Taking Comity Seriously: How to Neutralize the Abstention Doctrine», *Stanford Law Review*, vol. 46, núm. 5, (1994): 1066-1068; Younger vs. Harris, 401 U.S. 37 (1971).
- Magaloni Kerpel, Ana Laura y Mayer-Serra, Carlos Elizondo. *La justicia de cabeza: la irracionalidad del gasto público*. Cuaderno de debate núm. 10. México: CIDE 2011.
- Maltz, Earl M. «False Prophet—Justice Brennan and the Theory of State Constitutional Law». *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 15, núm. 3, (1988): 433-434 1988.
- Marti Capitanachi, Luz del Carmen. «Las constituciones locales en el sistema federal mexicano, ¿son verdaderas constituciones?». En J.M. Serna de la Garza (coord.). *Federalismo y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (2002).

- Morales, Gladys F. Proyecto de Tesis de Doctorado, México: Flacso México.
- Oscar Guillermo Barreto Nova. ¿Qué hay de la actividad de la Sala Constitucional y de los Juzgados de Tutela de Derechos Humanos en la Ciudad de México?, (2022) <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/que-hay-de-la-actividad-de-la-sala-constitucional-y-de-los-juzgados-de-tutela-de-derechos>>.
- Osiatynski, Wiktor. «Paradoxes of Constitutional Borrowing». *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, (2003), 244-268, 252.
- Pantin, Laurence y Aguilar, Adriana. «Poderes judiciales locales: ¿el presupuesto los hará libres?». *Nexos*, (2020). <<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/poderes-judiciales-locales-el-presupuesto-los-hara-libres/>>.
- Posner, Richard. «No Thanks, We Already Have Our Own Laws». *Legal Affairs*, julio-agosto de 2004, consultado el 13 de enero, 2023, <https://www.legalla-fairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>.
- Rebolledo, Juan y McCall Rosenbluth, Frances. *Political Competition and Judicial Integrity: The Case of Mexico*, documento presentado durante la reunión anual de la APSA, Toronto, 2009.
- «RECURSOS ORDINARIOS. VIOLACIONES DIRECTAS Y VIOLACIONES INDIRECTAS DE LA CONSTITUCIÓN». Tribunal Colegiado del Nove-no Circuito, Tesis de Jurisprudencia, Semanario judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 127-132, Sexta Parte, p. 201. Reg. Digital: 251825.
- Redish, Martin H. «Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function». *Yale Law Journal*, vol. 94, (1984): 71-115.
- Ríos Figueroa, Julio y Soto, Luis Fernando. *Instituciones judiciales subnacionales en México, 1917–2014*. Colombia Internacional 91, 2017.
- Stephenson, Scott. «Constitutional Reengineering: Dialogue’s Migration from Canada to Australia». *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 4, (2013) 870.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe anual de labores 2019, p. XCVII.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe anual de labores 2020, p. p. CXI.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe anual de labores 2021, p. p. CXXXV.
- Waldron, Jeremy. «Foreign Law and The Modern Ius Gentium». *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, (2005), 129-147.

Zagrebelsky, Gustavo. «Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia». *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, (2008): 325-335.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

