

ISSN: 2683 - 1783

REVISTA
DEL POSGRADO EN
DERECHO
DE LA UNAM

N.º 3

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM
AÑO 2, NO. 3 | JULIO - DICIEMBRE, 2015

JULIO | 2
DICIEMBRE | 15

RD

**REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO
DE LA UNAM**

NUEVA ÉPOCA, NÚMERO 3 | JULIO - DICIEMBRE 2015



DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomeli Vanegas

SECRETARIO DE DESARROLLO INSTITUCIONAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Guillermo Enrique Estrada Adán

DIRECTOR

Claudio Vázquez Pacheco

EDITOR

Carlos Trápala

EDITOR ADJUNTO

Daniela Reyes Rodríguez

Mario Molina Hernández

ASISTENTE EDITORIAL

La *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista@derecho.posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Editor responsable: Claudio Vázquez Pacheco. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203 ISSN: en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Carlos Humberto Reyes Díaz, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México fecha de la última modificación, 12 de febrero de 2019. El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

COMITÉ ASESOR

Tullio Treves

UNIVERSIDAD DE MILÁN, ITALIA

Carlos Fernández de Casadevante

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, ESPAÑA

Rolando Tamayo y Salmorán

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Adrián Rentería

UNIVERSIDAD DEL INSUBRIA, ITALIA

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Luis González Plascencia

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

María Susana Dávalos Torres

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Delio Dante López Medrano

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM

María Teresa Rivas Pérez

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN, UNAM

Armando Guadalupe Soto Flores

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

COMITÉ EDITORIAL

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Fausto Kubli García

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE AMÉRICA DEL NORTE, UNAM

Luis René Guerrero Galván

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Gabriela Aldana Ugarte

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Andrea Pozas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Mariela Morales Antoniazzi

**INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL, ALEMANIA**

Edgar Aguilera

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

Matthias Goldman

**INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO
Y DERECHO INTERNACIONAL, ALEMANIA**

Luigi Crema

UNIVERSIDAD DE MILÁN, ITALIA

Catalina Pérez-Correa

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS**

Oscar Cruz Barney

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Delio Dante López Medrano

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN, UNAM

Edwin Ramírez Díaz

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Diane Fromage

INSTITUTO EUROPEO UNIVERSITARIO, ITALIA

César Nava Escudero

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Abril Uscanga Barradas

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Gabriel Ferrer

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Hugo Carrasco Soulé-López

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Karina Mariela Ansolabehere

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Alejandro Rodiles Bretón

INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO



ÍNDICE

EL IMPACTO DE LOS DERECHOS EUROPEOS (CEDH Y DERECHO DE LA UNIÓN) EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA	13
<i>Giuseppe Martinico</i>	
SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO NATURAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN	51
<i>Carlos I. Massini-Correas</i>	
¿EXISTIÓ UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?	77
<i>Ricardo Marín Macías</i>	
LA INTERPRETACIÓN ESTÉTICA DE LA VERDAD DIÁLOGO ENTRE APOLO Y DIONISIO	109
<i>Arturo Berumen Campos y Jacqueline Ortiz Andrade</i>	
PLURALISMO JURÍDICO EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA: PUNTO DE ENCUENTRO DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y JURÍDICA	125
<i>Beatriz Juárez Aguilar</i>	
CONDANNA ED ESECUZIONE DI GESÙ: TESTIMONIANZE E PROVE	159
<i>Piero Mario Gilardi</i>	
LUCES Y SOMBRAS DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA	219
<i>Rodrigo Brito Melgarejo</i>	
UNA MIRADA A LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA INTERCULTURALIDAD Y LOS DIÁLOGOS INTERCULTURALES: UN PUNTO DE PARTIDA HACIA LA IGUALDAD PROFUNDA	247
<i>José Ricardo Robles Zamarripa</i>	
INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES	301

ARTÍCULOS

EL IMPACTO DE LOS DERECHOS EUROPEOS (CEDH Y DERECHO DE LA UNIÓN) EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ITALIANA

GIUSEPPE MARTINICO¹

RESUMEN: El objetivo de este artículo es presentar las principales tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en materia de derecho de la Unión Europea (UE) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El artículo se divide en tres partes: la primera parte ofrece una breve panorámica de las normas constitucionales principales con referencia al derecho internacional público; la segunda está dedicada a la jurisprudencia constitucional en tema de derecho de la UE, mientras que la tercera aborda la jurisprudencia relacionada con el Convenio europeo.

PALABRAS CLAVE: *Italia, CEDH, Derecho UE, Europa.*

ABSTRACT: This article aims to present the main trends in the case law of the Italian Constitutional Court about the impact of European Union (EU) Law and the European Convention of Human Rights (ECHR) on the national legal system. The article is divided into three parts: the first part offers a brief overview of the Italian norms devoted to public international law. The second part is devoted to the constitutional case law concerning EU law while the third part is about the case law concerning the ECHR.

KEY WORDS: *Italy, ECHR, EU Law, Italian Constitutional court, Europe.*

SUMARIO: I. Objetivo y estructura del artículo; II. La Constitución italiana y el derecho internacional público: una panorámica de las previsiones relevantes; III. La jurisprudencia constitucional relevante en materia de derecho de la Unión: una breve panorámica; IV. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano; V. Conclusiones.

¹ Giuseppe Martinico es Profesor Titular (*Professore Associato*) de derecho público comparado en la Scuola Superiore S. Anna, Pisa, e investigador en el Centro de Estudios sobre el Federalismo de Turín. Contacto: <Giuseppe.martinico@sssup.it>. Recibido: 24 octubre 2015; aceptado: 22 noviembre 2015.

I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

El objetivo de este artículo es presentar las principales tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en materia de derecho de la Unión Europea (UE) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Para hacerlo no me limitaré a una mera reconstrucción cronológica, sino que trataré de destacar las líneas de referencia que caracterizan el impacto de estos dos conjuntos de normas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, este artículo no ofrece una descripción de la jurisprudencia de los últimos años, sino que intentará definir el impacto de los derechos europeos a la luz de indicadores constantes que se encontraron en la jurisprudencia constitucional a lo largo de esos años. El artículo se divide en tres partes: la primera parte ofrece una breve panorámica de las normas constitucionales principales con referencia al derecho internacional público; la segunda está dedicada a la jurisprudencia constitucional en tema de derecho de la UE, mientras que la tercera aborda la jurisprudencia relacionada con el Convenio Europeo.

El caso italiano resulta interesante por diversas razones: la primera es la insuficiencia del parámetro formal, es decir, la imposibilidad de entender los efectos ocasionados por los derechos europeos sin ir más allá de la redacción de las normas constitucionales. La segunda es el progresivo abandono del auto-aislamiento del Tribunal Constitucional en cuestiones de derecho europeo (tanto con referencia al CEDH como al derecho de la UE). En este sentido los últimos años se han caracterizado por la aceptación, por primera vez, del mecanismo prejudicial contenido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por la *Corte Costituzionale*, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional en conflicto con el derecho de la UE (visto como

norma interpuesta)² a la luz del artículo 117 de la Constitución³ –que, como veremos, también ha reconocido *a posteriori* formalmente el principio de primacía del derecho de la UE– y por un progresivo enfrentamiento entre jueces comunes (es decir, ordinarios y administrativos) y el Tribunal Constitucional con referencia a la *vexata questio* de la inaplicación del derecho nacional a la luz del CEDH.

Como advertiremos, para solucionar el problema, el Tribunal Constitucional quiso centralizar el control de convencionalidad (*contrôle de conventionnalité*), incorporándolo en el área de constitucionalidad y aceptando “comprometerse” entonces en cuestiones de conflicto entre el derecho del CEDH y el derecho nacional (probablemente por la ausencia, en el caso del CEDH, de un mecanismo comparable al procedimiento prejudicial contenido en el artículo 267 del TFUE que garantiza un papel central al juez común nacional). Otro elemento característico ha sido la doctrina de los contra-límites, que sigue teniendo actualmente un sentido particular en la jurisprudencia italiana y representa el verdadero punto de distinción entre el derecho del CEDH y el derecho de la UE según la *Corte Costituzionale*.

² Carlo, Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”*, Milano Giuffrè, 1957, 28; Massimo Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, C.E.D.A.M., Padova, 1992.

Scholars have minted the wording ‘interposed provision’ to individualize the cases in which a constitutional standard can be invoked only indirectly in a constitutional judicial proceeding, because different primary provisions are inserted between the constitutional standard and the reported provisions (suspected of being unconstitutional).

Francesca Biondi Dal Monte y Filippo Fontanelli “The Decisions Nos. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System”, 7 *German Law Journal* (2008) 891, 897.

³ Cristina Napoli, “La Corte dinanzi ai ‘vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario’: tra applicazione dell’art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia”, disponible en: <www.forumcostituzionale.it>.

Mientras se exige que el CEDH respete toda la Constitución (no solo su núcleo esencial), al derecho de la UE se le impone el respeto de los contra-límites. Esto es consecuencia de la diferente cobertura constitucional que esos derechos reciben por la Carta fundamental italiana según el Tribunal Constitucional: al derecho de la UE se aplican un conjunto de normas (entre otras el artículo 11 concerniente a la cesión de soberanía) que sólo en parte son aplicables al CEDH.

II. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: UNA PANORÁMICA DE LAS PREVISIONES RELEVANTES

Italia se caracteriza por una fuerte tradición dualista. Hay dos disposiciones fundamentales de la Constitución italiana relativas a la relación entre el derecho internacional y nacional: los artículos 10⁴ y 11.⁵

Estos dos artículos constituyen la primera diferencia importante que existe en este campo en Italia, la distinción entre las normas generales del derecho internacional y los tratados internacionales.

⁴ Art. 10:

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.

⁵ "Art. 11:

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

En cuanto a las primeras, el artículo 10 establece un procedimiento automático de adopción, en el sentido de que tales normas se incorporan directamente en el sistema italiano. Según los estudiosos italianos, las normas generales del derecho internacional (que corresponderían al derecho internacional consuetudinario) pertenecen al nivel constitucional.⁶

De acuerdo con algunos autores, el derecho consuetudinario internacional vigente antes de la entrada en vigor de la Constitución italiana podría prevalecer sobre las disposiciones constitucionales (debido a la aplicación del criterio cronológico), pero esto no se aplica con respecto a los principios que pertenecen al núcleo intocable señalado por el artículo 139 de la Constitución a través de la ambigua fórmula de “forma republicana” (este núcleo intocable, según la sentencia n. 1146/1988, incluye también los supremos principios incluidos en la primera parte de la Constitución italiana).⁷

En cuanto a los tratados internacionales, en ciertos casos es necesario que exista una ley nacional que los transforme en derecho nacional; sin embargo, no se requiere la intervención del legislador nacional para todos los tratados, ya que el artículo 80 constitucional⁸ establece la necesidad de una legislación que autorice la ratificación solo con referencia a algunos tratados particulares. El

⁶ Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2004, 32.

⁷ Para una panorámica sobre este debate: Antonio Cassese, “Commento art.10 della Costituzione”, en Giuseppe Branca (ed.), *Commentario della Costituzione*, vol. *Principi fondamentali*. Artt.1-12, Zanichelli, Bologna, 1975, 485, 502. Según Quadri, el procedimiento automático debería ser aplicado también a los tratados internacionales, pero ésta es una visión minoritaria. Dicha teoría se basa en el hecho que uno de los principios generales del derecho internacional es el principio *pacta sunt servanda*. Rolando Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Nápoles, 1989, 64.

⁸ Art. 80:

Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di legg”.

procedimiento de ratificación se rige también por el artículo 87,⁹ que reconoce al Presidente de la República la competencia para ratificar los tratados internacionales. Cuando se requiere la intervención de las cámaras, el Parlamento interviene con una ley. Según la mayoría de los expertos, esto confiere una fuerza primaria en la jerarquía de la ley nacional a las normas derivadas de los tratados internacionales. A pesar de ello, la Constitución italiana reconoce una fuerza especial a las leyes relacionadas con las obligaciones internacionales. El artículo 75, párrafo 2 (dedicado al referéndum), establece que: “No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales”.

Además de los artículos 10 y 11, otra disposición fundamental está consagrada en el artículo 117, que se discutirá más adelante. Esto explica por qué, desde el principio, tanto el CEDH como la legislación comunitaria se consideraron como fuentes primarias en el ordenamiento jurídico italiano.

Otra característica importante del ordenamiento jurídico italiano es el hecho de que, a diferencia de otros países como Portugal y España, no se otorga un valor específico a los tratados de derechos humanos. Este es otro punto importante a considerar al analizar los acontecimientos judiciales de la *Corte Costituzionale* en este campo.

El nuevo apartado 1 del artículo 117 de la Constitución italiana, consagra expresamente el límite que las obligaciones supranacionales representan para la legislación nacional, al establecer que: “el Poder Legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obliga-

⁹ Art. 87:

Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale.

Può inviare messaggi alle Camere [...]

Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere.

ciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales”. En cuanto a la jurisprudencia, veremos que esta disposición provocó innovaciones interesantes en la doctrina del Tribunal Constitucional italiano. Poco después de la reforma, la interpretación de esta disposición creó una división entre los estudiosos.¹⁰ Según algunos, el artículo 117, apartado 1, simplemente codificó la situación preexistente, como si fuera una especie de asentimiento escrito *a posteriori* sobre la primacía¹¹ europea. Otra parte de la doctrina destacó la importancia de la posición constitucional dada a la primacía europea, y afirmaron que el artículo 117 allanó el camino para la aceptación de la tesis monista.¹²

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN: UNA BREVE PANORÁMICA

El Tribunal Constitucional contempló originalmente la base para la aceptación del derecho comunitario (y de su primacía y efecto directo) en el artículo 11 de la Constitución italiana.¹³ Esta acepta-

¹⁰ Roberto Chieppa, “Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale”, [2007] *Il Diritto dell’Unione Europea* 493, 499 ff; Antonio Ruggeri, “Riforma del titolo V e giudizi di ‘comunitarietà’ delle leggi”, 2007, disponible en: <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/ruggeri.html>>.

¹¹ Cesare Pinelli, “I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento comunitario” [2001] 5 *Foro italiano* 194.

¹² Francesco Paterniti, “La riforma dell’art. 117, 1° co. della Costituzione e le nuove prospettive dei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea” [2004] *Giur. Cost.*, no. 2, 2101; Alessandro Pajno, “Il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione” [2003] *Le Istituzioni del federalismo*, 814.

¹³ Sobre la relación entre el derecho de la Unión y la Constitución italiana: Marta Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995; Marta Cartabia y Alfonso Celotto, “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, [2002] *Giur. Cost.*, 4477 ss.; Marta Cartabia y Joseph H.H. Weiler, *L’Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000. Filippo Donati, *Diritto comunitario e*

ción, sin embargo, no se produjo inmediatamente. Por el contrario, fue el resultado de una larga serie de decisiones, provocadas principalmente por la ausencia de una cláusula europea explícita.

De hecho, el artículo 11 fue concebido originalmente para hacer frente a la pertenencia de Italia a las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, y no para justificar el derecho supranacional (un fenómeno que no se conocía cuando la Constitución italiana entró en vigor). En este sentido, un cambio muy importante fue la reforma constitucional, en el año 2001, del Título V de la segunda parte de la carta fundamental italiana a través de la cual se modificaron los contenidos del artículo 117.

sindacato di costituzionalità, Giuffrè, Milano, 1995; Antonio La Pergola, “Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio”, [2003] *Giur. cost.*, 2419 ss.; Antonio Tizzano, “Die Italienische Corte Costituzionale und der Gerichtshof der Europäischen Union”, [2010] *Europäische Grundrechte Zeitung*, 1 ss; Antonio Tizzano, “La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali”, [2005] *Il Diritto dell’Unione Europea*, 839-852; Antonio Tizzano, “Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali”, [2007] *Il Diritto dell’Unione Europea*, 734-744; Giuseppe Morbidelli, “La tutela dei diritti tra la Corte del Lussemburgo e Corte Costituzionale”, in Giuseppe Morbidelli y Francesco Donati (a cura di), *Una costituzione per l’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 9-61. Alessandro Pace, “La sentenza Granital, ventitré anni dopo”, disponibile en: <www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/La%20sentenza%20Granital,%2023%20anni%20dopoII.pdf>. Publicada también en [2007] *Studi sull’integrazione europea*, 451-467); Federico Sorrentino, “La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea”, [1993] *Quaderni costituzionali*, 81 ss.; Federico Sorrentino, “Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario”, [2002] *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1355-1361; Federico Sorrentino, “Ai limiti dell’integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni?”, [1994] *Politica del diritto*, 189-201; Giuseppe Sperduti, “Un chiarimento in diritto comunitario e diritto interno”, [1979] *Rivista diritto internazionale*, 72-75; Giuseppe Sperduti, “Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e della Corte di giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare”, [1978] *Giur. Cost.*, 791-819; Roberto Bin, “Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia”, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Jovene, Napoli, 2011, 363-383.

Para describir sintéticamente la jurisprudencia constitucional italiana en este ámbito voy a centrarme en tres elementos: la doctrina de la impermeabilidad,¹⁴ la doctrina de los contra-límites y el progresivo abandono del auto-aislamiento del Tribunal Constitucional italiano.

Si echamos un vistazo a la historia de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* en relación con el derecho de la UE, es posible notar una salida progresiva de la visión dualista pura que la Corte había adoptado al principio. A lo largo de los años esta pureza se superó y el Tribunal Constitucional – refiriéndose a la relación entre ordenamiento interno y supranacional – en un segundo momento comenzó a hablar de dos “sistemas jurídicos coordinados, pero autónomos e independientes”.¹⁵ En este sentido, se puede hablar de una (limitada) flexibilización del concepto de soberanía,¹⁶ con referencia a esta progresiva evolución de la jurisprudencia italiana.

A pesar de este acercamiento, la ampliación de competencias de la Unión (y antes de las Comunidades) a menudo ha dado lugar a un cierto grado de tensión entre el poder del Tribunal italiano y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cada vez que entra en juego el reparto de competencias.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha obtenido progresivamente la confianza de los jueces ordinarios nacionales, que desempeñan un papel fundamental también en el proceso de control de

¹⁴ Filippo Fontanelli y Giuseppe Martinico, “Between procedural impermeability and constitutional openness: the 102 and decision of the Italian Constitutional Court”, [2010] *European Law Journal*, 345–364.

¹⁵ Corte Costituzionale, decisiones n. 183/73 y n. 170/84, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

¹⁶ En cierto sentido parecido a lo señalado por Victor Ferreres Comella, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional 1/2004”, en Antonio López Castillo, Alejandro Saiz Arnaiz y Victor Ferreres Comella (eds), *Constitución española y constitución europea* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 77, 80-89.

constitucionalidad en el ámbito nacional. Tal influencia se tradujo en ciertos casos en el deterioro de la relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal constitucional: cada vez que los jueces ordinarios quieren obtener una explicación acerca de la relación entre el derecho de la Unión y derecho nacional (incluso a nivel constitucional a veces), no se refieren a la *Corte Costituzionale*, sino al TJUE.

Esto es una consecuencia de la situación de auto-aislamiento del Tribunal constitucional italiano, que normalmente prefiere no abordar cuestiones relativas a la relación entre ordenamientos jurídicos. Basta recordar aquí que, en 2002, el Tribunal Constitucional resolvió solamente diez casos (de 500 en total)¹⁷ relacionados con el ordenamiento jurídico comunitario.

Con referencia a la jurisprudencia constitucional sobre la posición del derecho comunitario en el ordenamiento interno, originalmente, en la sentencia 14/1964,¹⁸ la Corte italiana interpretó la relación entre derecho interno y derecho comunitario a la luz del criterio cronológico, *lex posterior derogat priori* (ya que el acto nacional que cubre formalmente los efectos del derecho comunitario es una ley).

Más tarde, en la sentencia 183/1973¹⁹ la Corte cambió su posición y afirmó que la base constitucional de la primacía de la legislación comunitaria se encontraba en el artículo 11 de la Constitución italiana.

Como se ha dicho ya, esta disposición fue concebida originalmente para justificar la pertenencia de Italia a las Naciones Unidas. La adhesión a la UE, de hecho, impone limitaciones a la soberanía de los objetivos que van claramente más allá de la paz y la justicia entre las naciones, por lo tanto el Tribunal Constitucional se vio

¹⁷ Marta Cartabia y Alfonso Celotto, “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, [2002] *Giurisprudenza Costituzionale*, 4477.

¹⁸ Corte Costituzionale, sentencia n. 14/1964, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

¹⁹ Corte Costituzionale, sentencia n. 183/1973, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

obligado a “manipular” el significado original del artículo 11, con el fin de adaptarse a estas limitaciones. La consecuencia de esto fue la centralización del control sobre los conflictos entre derecho comunitario y derecho nacional.

En el 1984,²⁰ el Tribunal Constitucional italiano empezó a aceptar que el juez ordinario ejerciera el control del respeto de la primacía comunitarias a la luz de la doctrina *Simmenthal*,²¹ intentando conciliar esta apertura con su monopolio en el control de constitucionalidad. Técnicamente, según el Tribunal Constitucional italiano, el juez nacional no puede anular las normas nacionales en conflicto con el derecho supranacional (ya que el juez nacional común no realiza un control de validez, cosa que implicaría la pertenencia de ambas normas al mismo sistema normativo); solamente puede dejar de aplicar la norma nacional incompatible con el derecho comunitario provisto de efecto directo (tratándose de reglamentos, pero lo mismo es aplicable también para ciertos tipos de directivas –como sucedió en el auto 64/1990– y para las sentencias interpretativas que doten de significado a normas de derecho de la Unión Europea (UE) provistas de efectos directos (véanse las sentencias 113/1985²² y 389/1989²³). En este sentido, la inaplicación implica una suspensión de eficacia y el juez nacional actúa con un control que insiste en la eficacia y no en la validez del derecho nacional.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional trató de mantener papel propio sin excepciones. De hecho, casi todos los tribunales constitucionales europeos, en principio, se negaron a aceptar las

²⁰ Corte Costituzionale, sentencia n. 170/1984, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

²¹ *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA.*, Case 106/77, ECR 1978, p. 629.

²² Corte Costituzionale, sentencia n. 113/1985, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

²³ Corte Costituzionale, sentencia n. 389/1989, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

visiones monistas peligrosas, con el fin de preservar la identidad constitucional de sus ordenamientos jurídicos.²⁴

Además, el Tribunal Constitucional italiano también ha levantado algunas barreras (los “*controlimiti*”)²⁵ contra la penetración de la legislación comunitaria, en caso de una potencial violación de los principios fundamentales que la *Corte Costituzionale* está obligada a proteger. Así, otra característica del enfoque del Tribunal Constitucional italiano frente al derecho de la UE es sin duda la doctrina de los contra-límites, elaborada por el Tribunal Constitucional en el 1973,²⁶ poco después de la famosa decisión *Internationale Handesgesellschaft*²⁷ del Tribunal de Justicia de la UE.

En *Internationale Handesgesellschaft*, el TJUE afirmó la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, incluidos los principios constitucionales nacionales.²⁸

Al respecto, la posición italiana –junto con la alemana– es relevante para una comprensión completa de las razones de la “resistencia” de los tribunales constitucionales frente a la doctrina del TJUE. Los tribunales constitucionales han pretendido mantener su propio papel (el de guardianes de la identidad constitucional nacional), sin excepciones. Para hacerlo se han levantado algunas barreras defini-

²⁴ Sobre este punto, véase Marta Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, más recientemente, sobre el 4.2 TUE, Elke Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, L.G.D.J, Paris, 2013.

²⁵ Paolo Barile, “Ancora su diritto comunitario e diritto interno”, en *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze, 1969, 49.

²⁶ Corte Costituzionale, sentencia n. 183/1973, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

²⁷ TJUE 11/70 *Internationale Handesgesellschaft* [1970] ECR 1125.

²⁸ “La alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”.

tivas contra la penetración del derecho de la UE con el fin de definir los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos.

Hipotéticamente, si una disposición de la UE entrase en conflicto con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, el Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional de ejecución de los Tratados europeos, provocando una “ruptura” entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho supranacional. Los Tribunales Constitucionales de hecho normalmente tienen jurisdicción sobre la legislación nacional (incluyendo las leyes nacionales y la ejecución de los tratados), pero no sobre las provisiones comunitarias. Estas últimas están más allá de su jurisdicción, ya que, de acuerdo con su argumentación, pertenecen a otro orden legal.

A partir de este enfoque, se puede entender por qué el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de evaluar la validez de las disposiciones del derecho de la UE, ya que la aceptación de esta opción implicaría la adhesión a la teoría monista. A través de una ficción legal (en la cual el Tribunal asume el control de la validez de la ley de ejecución porque pertenece al ordenamiento), el Tribunal Constitucional trata de defender el núcleo duro del ordenamiento jurídico mediante la preservación de la autonomía formal.

La identificación de estas barreras a la integración europea representa la esencia de la doctrina de los contra-límites (*dottrina dei controlimiti*), elaborada por el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia *Frontini*²⁹ (pero véase también el asunto 170/84, la sentencia *Granital*).³⁰ La consecuencia de una posible declaración de inconstitucionalidad de la ley de ejecución de los tratados europeos

²⁹ Corte Costituzionale, sentencia n.183/1973, *Frontini*: [1974] 2 CMLR 372.

³⁰ Corte Costituzionale, sentencia n.170/1984, *Granital*: [1984] CMLR 756: “nella sent. n. 183 del 27 dicembre 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”. Sobre este punto, véase M. Cartabia, *Principi inviolabili*.

podría significar la retirada de Italia de la UE. De acuerdo con Cartabia,³¹ en estos dos casos el control sobre los contra-límites se concibe como una forma de llevar a cabo un control excepcional sobre el respeto de las condiciones de constitucionalidad de la adhesión de Italia a la UE.

A la luz de esta reconstrucción, los contra-límites funcionan como condiciones para evaluar la legitimidad de las limitaciones de la soberanía aceptadas a la luz de la adhesión de Italia a las Comunidades (o a la Unión). Más adelante (con la decisión núm. 232/1989, la sentencia *Fragd*),³² la naturaleza de la doctrina de los contra-límites cambió, transformándose de un control excepcional en un control “ordinario” de la compatibilidad del derecho UE con los principios fundamentales de la Constitución. En este sentido, como ha escrito Cartabia, “*i ‘controlimiti’ concepiti all’origine come condizioni di limitazioni di sovranità divengono una limitazione al primato del diritto comunitario*”.³³ De hecho, en la sentencia *Fragd*, el Tribunal Constitucional italiano admitió implícitamente que el posible conflicto con la Constitución no sería motivo de nulidad de la ley de ejecución del Tratado CE, sino solo la no aplicabilidad de la norma de la UE.³⁴

Otro elemento de desacuerdo entre el Tribunal Constitucional italiano y el TJUE ha sido, por muchos años, la reticencia del primero a concebirse como juez a la luz del artículo 267 del TFUE (el antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea). Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional italiano, tratando de combinar los fundamentos de la supremacía constitucional y de la primacía del derecho comunitario (utilizando la terminología del Tribunal

³¹ Marta Cartabia, *Principi inviolabili*, 110.

³² *Corte Costituzionale*, sentencia n. 232/1989, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. In English: *Fragd* (1990) 27 CML Rev 93.

³³ Marta Cartabia y Joseph Weiler, H.H, *L'Italia in Europa*, 172.

³⁴ *Ibidem*.

Constitucional español³⁵), ha evitado tradicionalmente utilizar el derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad.

Después de la aceptación de la doctrina *Simmenthal*, que convierte al juez común en el verdadero defensor del derecho de la UE, el Tribunal Constitucional italiano ha intentado aislarse de todo lo concerniente a los conflictos entre derecho nacional y derecho de la Unión, concibiéndolos como conflictos de legalidad y no de constitucionalidad.³⁶

A lo largo de los años esto ha producido una impermeabilidad de la jurisprudencia constitucional al derecho de la UE que se combinaba con la reticencia de plantearle cuestiones prejudiciales al TJUE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano ha admitido progresivamente algunas excepciones a esta impermeabilidad, es decir, algunas situaciones en las que esta doctrina podía ser mitigada. Estas excepciones pueden ser esquemáticamente las siguientes:

1. Los procedimientos por vía principal (o directos);³⁷

³⁵ Tribunal Constitucional de España, declaración n. 1/2004, disponible en: <www.tribunalconstitucional.es>.

³⁶ Corte Costituzionale, sentencias n. 384/1994 y n. 94/1995, disponible en: <www.cortecostituzionale.it> Sobre el funcionamiento del control de constitucionalidad en Italia véase: Roberto Romboli, “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, [1999] *Teoría y realidad constitucional*, 179-205. En Italia el control de constitucionalidad puede articularse por dos vías: por vía principal o directa (es decir, un procedimiento donde el Estado o las Regiones pueden impugnar una ley regional o estatal) y otro por vía incidental o indirecta (es decir, un procedimiento originado por una cuestión de constitucionalidad planteada por un juez común en el curso de un juicio).

³⁷ Art. 127 de la Constitución italiana:

Quando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación.

Quando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley.

2. Los casos de conflicto entre las normas nacionales y las normas del derecho de la Unión que carezcan de efecto directo (en este caso no es utilizable el instrumento de la inaplicación);³⁸
3. Casos de violación de los contra-límites nacionales;³⁹
4. En el caso del control sobre la admisibilidad del referéndum abrogativo: en las sentencias 64/1990⁴⁰ y 41/2000,⁴¹ por ejemplo, unas directivas comunitarias se consideraron relevantes para el control de admisibilidad, ya que su contenido condujo al rechazo de las propuestas de referéndum que tenían como intención abrogar normas nacionales adoptadas para cumplir con las obligaciones europeas (véase también la sentencia n. 45/2000)⁴². De esta manera, la Corte amplió el límite establecido en el art. 75 de la Constitución italiana, según la cual “no se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales”; y
5. En caso de choque permanente entre las normas internas y los principios fundamentales de la Unión.⁴³

³⁸ Como se ha dicho también en *Granital* (Corte Costituzionale, n. 170/84 cit.), véase Pasquale Costanzo, Luca Mezzetti y Antonio Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, 284.

³⁹ Corte Costituzionale, sentencias n. 183/73 y 170/84 cit.

⁴⁰ Corte Costituzionale, sentencia n. 64/1990, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁴¹ Corte Costituzionale, sentencia n. 41/2000, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁴² Corte Costituzionale, sentencia n. 45/2000, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Véase, Marta Cartabia y Joseph H. H. Weiler, *L'Italia in Europa*, 188.

⁴³ Corte Costituzionale, sentencia n.286/1986, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

La distinción entre los procedimientos directos e indirectos (es decir, principal e incidental) es crucial para entender las recientes evoluciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho de la UE.

Al faltar en los procedimientos por vía principal, el rol del juez común (que, como hemos visto, es el defensor principal de la primacía del derecho UE a la luz de la doctrina *Simmental*), el Tribunal Constitucional tuvo que aceptar su -involucramiento- participación en los casos de conflicto con el derecho de la UE en las sentencias 384/1994 y 94/1995.

En particular, en la sentencia n. 384/1994 el Tribunal Constitucional reconoce que, debido a la dinámica particular de los procedimientos directos, su negativa a considerar las cuestiones de conflicto con el derecho UE implicaría una peligrosa brecha en la protección de los derechos y una violación del principio de seguridad jurídica.

Por lo tanto, se puede decir que, debido a las características únicas de los procedimientos por vía principal, la posibilidad de involucrar a la Corte Constitucional se justifica sólo por la ausencia del juez ordinario. A la luz de esta distinción, en la sentencia 129/2006, la *Corte Costituzionale* declaró que -como ya había tenido la oportunidad de aclarar (véase las sentencias n. 406/2005 y 166/2004)- las directivas de la Unión pueden funcionar como normas interpuestas (“*norme interposte*”), integrando el contenido del art. 117, apartado 1, de la Constitución que, como hemos visto, reconoce en las obligaciones supranacionales un límite a la potestad legislativa.

No extraña entonces, que en el procedimiento por vía principal el Tribunal Constitucional haya aceptado plantear, a partir del 2008, la cuestión prejudicial al TJUE. En efecto, el 15 de abril de 2008,⁴⁴ por primera vez en su historia, la *Corte Costituzionale* italiana acordó remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

⁴⁴ Corte Costituzionale, auto n. 103/2008, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Véase también la sentencia 102/2008, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano limitó su decisión de remisión a los procedimientos directos, enfatizando la estructura diferente que caracteriza al proceso indirecto del control de constitucionalidad.

Coherentemente con su jurisprudencia anterior, el auto del Tribunal Constitucional se basa mucho en la distinción entre el procedimiento directo (donde el Tribunal Constitucional actúa como verdadero juez, que decide sobre un litigio entre dos partes, Estado y Regiones) e indirecto (que es un procedimiento “sin partes”⁴⁵ y donde el verdadero juzgador de la cuestión es el juez remitente).

Sin embargo, recientemente, el Tribunal constitucional italiano cambió otra vez su jurisprudencia y planteó una cuestión prejudicial incluso dentro de un procedimiento incidental.⁴⁶ Esa decisión fue vista como un punto de inflexión, ya que el Tribunal constitucional así pasó de una forma de diálogo que había sido visto como “parcial” a un “diálogo pleno”.⁴⁷

Sin embargo, cuando el Tribunal constitucional no aceptaba el mecanismo del artículo 267 del TFUE, esta estrategia tampoco conducía directamente a la denegación automática de cualquier forma de diálogo con el TJUE. Por el contrario, en aquellos años, el Tribunal italiano había ideado algunas formas alternativas de diálogo (lo que en otros escritos llamé “*hidden dialogue*”, o diálogo

⁴⁵ Véase el libro de Roberto Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985.

⁴⁶ Corte Costituzionale, auto n. 207/2013, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Véase, Barbara Guastafarro, “La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013”, disponible en: <http://www.forum-costituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0028_nota_207_2013_guastafarro.pdf>.

⁴⁷ Oreste Pollicino, “From partial to full dialogue with Luxembourg: The last cooperative step of the Italian Constitutional Court”, [2014] *European Constitutional Law Review*, 1, 143.

escondido)⁴⁸ con el Tribunal de Luxemburgo con el fin de llegar a un compromiso necesario entre el respeto a las obligaciones de la UE y la preservación del núcleo constitucional.

Por diálogo escondido quiero decir todo un conjunto de técnicas jurisprudenciales plasmadas por los Tribunales Constitucionales que les han permitido dialogar con el TJUE, independientemente de la aceptación del procedimiento prejudicial (que representa la vía oficial y formal de diálogo).⁴⁹

⁴⁸ Véase Giuseppe Martinico, “Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring The Techniques Of ‘Hidden Dialogue’”, [2010] *King’s Law Journal*, 257-281:

From the domestic courts’ perspective, there are two ways of interacting with the ECJ. One is the ‘official’ route provided by article 267 TFEU (although this is entirely governed by the interpretative rival, the ECJ). The other is the parallel and informal route whose dynamics are mostly discretionary, where both the procedures and the outcome of such interaction can be negotiated. Constitutional courts have historically preferred the latter method, and one can easily understand why, if we evoke, once again, the idea of interpretive competition. Given the fact that the game within the ambit of the preliminary ruling is governed by the European treaties, which represent the fundamental charters of the competitor (the ECJ), national courts should experience a loss of interpretative sovereignty

Giuseppe Martinico, “Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order”, [2012] *International Journal of Constitutional Law*, 871-896, 887.

⁴⁹ Giuseppe Martinico, “Multiple loyalties and dual preliminary”, 889:

Basically, the term “hidden” refers to the origin of such a dialogue: this dialogue is hidden because it is not formalized according to the wording of the European Treaties (it is non-codified). It is hidden because it is “unexplored” by the literature (which has paid attention to the preliminary ruling mechanism). Finally, it is hidden because it represents an alternative channel of dialogue if compared with the “official” route represented by the machinery set up by article 267 TFEU. Hidden dialogue demonstrates how even actions and behaviors conceived with competitive spirit can have a systemic impact, resulting in a contribution to the modification of some of the fundamental principles of the system (here understood as the multilevel legal order).

Identifiqué las siguientes técnicas de diálogo escondido:

En mi opinión, estas técnicas de diálogo escondido no se perderán. En cambio, mi impresión es que en un futuro próximo el Tribunal Constitucional italiano se basará en este tipo de modo alternativo de diálogo en el ámbito del procedimiento indirecto, sobre todo en el mecanismo de la doble prejudicialidad (*doppia pregiudizialità*).⁵⁰

De acuerdo con la técnica de la doble prejudicialidad, el Tribunal Constitucional puede ser llamado a resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con una norma italiana en casos donde esta cuestión prejudicial está fuertemente vinculada a otra cuestión prejudicial planteada de forma contemporánea al TJUE (ya sea por el mismo o por otro juez remitente) sobre el significado o la validez de un acto de la UE.

En este escenario, tenemos dos procedimientos prejudiciales: uno concerniente a la constitucionalidad de una ley nacional (ante el Tribunal Constitucional italiano) y otro pendiente ante el TJUE (sobre la validez o interpretación de una norma de la UE).

-
- a) Introducción de un nuevo escalón en la jerarquía de las fuentes jurídicas (Tribunal Constitucional de España, sentencia n. 28/1991);
 - b) Distinción entre “primacía” y “supremacía” (Tribunal Constitucional de España, declaración No. 1/2004);
 - c) Admisibilidad del “recurso de amparo” contra la negativa de los jueces nacionales a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE (Tribunal Constitucional de España, sentencia n. 58/2004);
 - d) Reconocimiento del efecto *erga omnes* para las sentencias interpretativas del TEJ (Corte Costituzionale italiana, sentencias n. 113/1985 y 389/1989);
 - e) La doble prejudicialidad: (*doppia pregiudizialità*) (Corte Costituzionale italiana, auto n. 165/2004 y 536/1995);
 - f) Distinción entre “desaplicación” y “no-aplicación” (Corte Costituzionale, sentencia n. 168/91).

⁵⁰ Sobre la doble prejudicialidad, véase: Marta Cartabia, “Il processo costituzionale: l’iniziativa. Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di ‘doppia pregiudizialità’, comunitaria e costituzionale”, [1997] 5 *Il Foro italiano* 222. Marta Cartabia, “‘Taking Dialogue Seriously’. The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union”, Jean Monnet Working paper, 12/07, 2007, disponible en: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071201.html>>.

Si estos dos procedimientos están muy relacionados, el Tribunal Constitucional italiano puede decidir ya sea devolver la cuestión (declarándola “inadmisible”) al juez común (como en la auto n. 536/1995) o bien “esperar” que el Tribunal de Justicia se pronuncie antes de decidir su cuestión de constitucionalidad (auto n. 165/2004). De esta manera, el Tribunal Constitucional le reconoce una prioridad interpretativa a las cuestiones pendientes ante el Tribunal de Justicia y *de facto* suspende su propio juicio, posponiendo la decisión.

Podemos notar un efecto parecido a lo requerido por el artículo 267 del TFUE (es decir, la suspensión del juicio) sin necesidad de utilizar formalmente la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional. Como podemos ver, la doble prejudicialidad es una técnica mediante la cual el Tribunal Constitucional italiano reconoce “prioridad” a las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia y al artículo 267 del TFUE y, al mismo tiempo, es una técnica que puede funcionar para evitar un conflicto con el Tribunal de Justicia en relación con la posible violación de los contra-límites.

En el asunto *Berlusconi* (auto n.165/2004), por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano esperó la respuesta del TJUE, preparándose para una decisión que podía ser incompatible con sus principios fundamentales (en aquel caso, el principio del *favor rei*).

El caso versaba sobre la interpretación de algunas directivas sobre empresas. El TJUE aborda tres cuestiones relativas al alcance de la protección de la Directiva 68/151, la interpretación del requisito de eficacia y proporcionalidad de la pena y sobre la compatibilidad de la nueva disciplina italiana introducida en el Código Civil (artículos 2621 y 2622) con el derecho de la UE.⁵¹ Al mismo

⁵¹ “The Italian Courts introduced three main questions. Since the First Council Directive 68/151/EEC did not deal explicitly with publication of false accounting but rather with the mere disclosure of accounting, the Italian Courts asked whether the offence of publicizing false accounting was covered by the First Companies Directive. Secondly, the Courts asked whether the new Italian provi-

tiempo, algunas cuestiones de constitucionalidad en relación con la disciplina italiana se plantearon ante el Tribunal Constitucional italiano. Dado que muchos de ellos estuvieron fuertemente conectados con la decisión del TJUE, la *Corte Costituzionale* italiana decidió esperar a que se emitiera este pronunciamiento antes de juzgar sobre la constitucionalidad del artículo 2621 y 2622 del Código Civil italiano, temiéndose una decisión de dudosa compatibilidad con su jurisprudencia sobre el *favor rei*. Al haberlo hecho así, se ejerció mucha presión sobre el TJUE, que al final entregó una decisión basada en una concepción muy garantista de *favor rei*.

Dado que el TJUE en ese caso particular dijo que “el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, por lo que debe considerarse un principio general del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que el juez nacional debe respetar”, el Tribunal Constitucional italiano, a la luz de esta decisión, decidió devolver su propia pregunta de constitucionalidad al juez remitente.⁵²

sions were compatible with Article 6 of the Fourth Companies Directive 78/660/EEC. Finally, the Italian Courts asked whether the sanctions introduced by the new legislation could be considered as effective, proportionate and dissuasive sanctions for the breaching of EC law”, Flaminia Tacconi, “Casenote –Berlusconi at the European Court of Justice – C-387/02”, [2006] *German Law Journal*, 313-322, 314.

⁵² Comparable, pero diferente, me parece el caso del control de convencionalidad en el sistema de la Convención americana sobre derechos humanos, que ha sido, en un cierto sentido, introducido por la misma Corte interamericana en los asuntos- entre otros- *Almonacid Arellano* (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154) y *Radilla Pacheco* (Corte IDH. Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209). Diferente es la posición del Tribunal europeo de derechos humanos y esto explica también la diferente posición asumida por los Tribunales Constitucionales hacia la posibilidad de inaplicar una norma de derecho nacional en conflicto con una de la CEDH. Sobre esto véase: Giuseppe Martin-

Gracias a la doble prejudicialidad, el Tribunal Constitucional italiano se reservó la última palabra sobre un posible conflicto, utilizando esta técnica como una pistola sobre la mesa con el fin de ejercer presión sobre el TJUE, en los casos de posible violación de contra-límites. El uso de la doble prejudicialidad por el Tribunal italiano, permite al TJUE decidir si tomar el riesgo de un “choque” jurisdiccional o no con la *Corte Costituzionale*.

Esta técnica se basa en un triángulo judicial y, obviamente, esto sólo puede ocurrir en el marco de un procedimiento incidental. Gracias a la doble prejudicialidad, el Tribunal Constitucional italiano puede mantener el control sobre los jueces comunes nacionales y, al mismo tiempo, ha creado un foro alternativo de diálogo simétrico con el TJUE.

IV. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

Para apreciar la evolución de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana, se debe empezar por el tema de la posición original de la Consulta, la cual refleja la ya mencionada concepción dualista de la relación entre el CEDH y el derecho nacional.

Como la entrada del CEDH en el ordenamiento jurídico italiano ocurrió a través de una ley ordinaria (Ley 848/1955), el Tribunal Constitucional italiano ha considerado, por mucho tiempo y con ciertas excepciones, el CEDH como fuente siempre de nivel primario, con la consiguiente aplicación del criterio *lex posterior derogat priori* en el caso de conflicto entre la ley que cubre el CEDH y otra norma italiana. Este fue el caso hasta la década de 1990, cuando

ico, “A Comparative-Constitutional Overview Of ECHR And EU Law Before National Courts”, [2012] *European Journal of International Law*, 401-424.

Sobre el caso mexicano véase: Guillermo Enrique Estrada Adán, “Una visión del control de Convencionalidad desde el Derecho Internacional”, en *Homenaje al Maestro Edmundo Elías Musi*, Porrúa, México, 2013, 233- 252.

la *Corte Costituzionale* cambió su enfoque y comenzó a hacer una distinción entre el contenido y la forma de las leyes que dan efecto a los tratados internacionales.⁵³

En otras palabras, ya que desde un punto de vista material, el contenido del CEDH tiene por objeto proteger los derechos codificados en la Constitución italiana, la consecuencia era el necesario reajuste de la jurisprudencia anterior.

Otro elemento importante ha sido la reforma constitucional de 2001, con la adopción de una nueva versión del artículo 117, ya mencionado. Después de la modificación de este precepto, los jueces italianos comunes (*comuni*) comenzaron a inaplicar las normas nacionales en conflicto con el CEDH, aplicando la doctrina *Simmethal* y el instrumento de la inaplicación al derecho del CEDH.⁵⁴

En el año 2007, con las decisiones 348 y 349/2007,⁵⁵ el Tribunal Constitucional italiano decidió reaccionar frente a un fenómeno que representa una excepción al régimen de control concentrado de control de constitucionalidad, centralizando a su vez el control de convencionalidad.

⁵³ Corte Costituzionale, sentencia n. 388/1999, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁵⁴ Tribunale di Pistoria, 23 marzo 2007; Tribunale di Genova, decisión de 23 de noviembre de 2000; Corte d'Appello di Firenze, decision n.. 570/2005 y 1403/ 2006, Consiglio di Stato, decisión n. 1926/ 2002: "Some judges had already started applying this method, which comes from the judicial practice of disapplying the internal statutory norm conflicting with Community law. In some recent occasions, even the Supreme Court of Cassation (Corte di Cassazione) and the Supreme Administrative Court (Consiglio di Stato) had endorsed the use of disapplication in cases of conflict with ECvHR law, Francesca Biondi Dal Monte y Filippo Fontanelli, "The Decisions Nos. 348", 891.

⁵⁵ Corte Costituzionale, sentencias n. 348 y 349/2007, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Véanse: Francesca Biondi Dal Monte y Filippo Fontanelli, "The Decisions Nos. 348 and 349/2007"; Oreste Pollicino, "The Italian Constitutional Court at the Crossroads between Constitutional Parochialism and Co-operative Constitutionalism. Judgments Nos. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007", 4 [2008] *European Constitutional Law Review* 363.

El Tribunal Constitucional, en este sentido, lanzó un mensaje muy claro al juez común, para que evitase resolver el choque entre derecho nacional y Convenio a través de la inaplicación. La solución dada por el Tribunal Constitucional, en cambio, prevé la centralización del control de convencionalidad al ser absorbido por el control de constitucionalidad.

En este sentido, como el Tribunal Constitucional ha dicho en el 2007, el CEDH puede ocasionalmente actuar como una norma interpuesta, integrando el parámetro constitucional del artículo 117 y utilizarla así para evaluar la validez de la legislación nacional.

De esta manera, el CEDH ahora tiene en Italia un rango súper-primario. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha aclarado que el CEDH no puede ser equiparado totalmente al derecho de la UE y, por eso, debe respetar todo el conjunto de normas constitucionales y no solo su núcleo esencial (sobre este punto, como había dicho ya al principio de este artículo, la doctrina de los contra-límites contribuye a definir el diferente estatus gozado por los derechos europeos en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale italiana*).

Sin entrar en detalles, los principales contenidos de estas dos decisiones del 2007 se pueden resumir de la siguiente manera:

1. El CEDH reviste un valor súper-primario (es decir, su clasificación normativa está a medio camino entre las leyes y las normas constitucionales);
2. En algunos casos, el TEDH puede presentarse como “parámetro interpuesto” para el control de la constitucionalidad de las leyes primarias, ya que el conflicto entre ellos y el CEDH puede dar lugar a una violación indirecta de la Constitución (artículo 117);
3. Esto (N ° 2) no implica que el CEDH tiene un valor constitucional, dado que el CEDH ha de respetar toda la Constitución;

4. No se puede extender el instrumento de la inaplicación a los conflictos entre el derecho interno y el derecho del CEDH;
5. Sin embargo, la Constitución reconoce un favor constitucional particular al Convenio y esto implica la necesidad de interpretar la legislación nacional a la luz de las disposiciones del CEDH (según la doctrina de la interpretación conforme).

Recientemente, el Tribunal Constitucional confirmó este favor interpretativo y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considerado como un intérprete particular que, a través de su misión, convierte al CEDH en algo más que simple derecho internacional público.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional aún existe una gran distinción entre el derecho de la UE y el CEDH, y es esta diferencia la que representa la base de su razonamiento:

This is because, according to the constitutional judges, the ECHR legal system has distinct structural and functional legal features as compared to the European legal order. According to the Italian Constitutional Court, the EHCR is a multilateral international public law Treaty which does not entail and cannot entail any limitation on sovereignty in the terms provided by Article 11 of the Constitution.⁵⁶

Otro síntoma de la importancia de la jurisprudencia del TEDH en el marco jurídico nacional, es la sentencia n. 113/2011⁵⁷ de la Corte Constitucional. En este asunto, la Consulta declaró que el

⁵⁶ Oreste Pollicino, “The Italian Constitutional Court at the Crossroads between Constitutional Parochialism and Co-operative Constitutionalism. Judgments Nos. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007” ; Diletta Tega, *I diritti in crisi*, Giuffrè, Milano, 2012, 51 ss.

⁵⁷ Corte costituzionale, sentencia n. 113/2011, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

artículo 630 c. 1 Let. (a) del Código procesal penal era inconstitucional, en la parte en la que no permite la reapertura o revisión en el caso de la decisión pasada de un juzgado, lo cual se consideró una violación del derecho de la Convención. Al mismo tiempo, aún hoy algunos jueces nacionales continúan inaplicando las leyes nacionales en conflicto con el CEDH.⁵⁸

Se pueden identificar diferentes razones para ello:

1. A veces los jueces no han entendido la posición del Tribunal Constitucional o no conocen la diferencia entre el CEDH y el derecho de la UE;⁵⁹
2. En otros casos, los jueces demuestran conocer la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, pero han malentendido el sentido del nuevo artículo 6 del Tratado UE (TUE), que, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, prevé la futura adhesión de la UE al Convenio. En otras palabras, estos jueces piensan que después de la entrada en vigor del artículo 6 del TUE e independientemente de la conclusión del acuerdo de adhesión a la UE el CEDH es ya parte integrante del derecho de la UE;⁶⁰
3. Finalmente, hay casos de evidente desobediencia civil donde los jueces comunes afirman conocer la posición del

⁵⁸ Ilaria Carlotto, “I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale”, disponible en: <www.associazionedeicostituzionalisti.it>; Elisabetta Lamarque, “Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune”, 2010, disponible en: <www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

⁵⁹ Tribunale di Livorno, Sez. Lav., ordenanza del 28 ottobre 2008 en español. Véase Ilaria Carlotto, “I giudici comuni”.

⁶⁰ Consiglio di Stato, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220. Sobre esta decisión, véase: Colavitti, Giuseppe y Cesare Pagotto, “Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?”, 2010, disponible en: <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Colavitti-Pagotto01.pdf>>.

Tribunal italiano, pero la cuestionan al querer inaplicar el derecho nacional.⁶¹

4. El caso italiano es un óptimo ejemplo de cómo en un contexto multinivel la aplicación de una norma formalmente externa puede resultar en una guerra interna entre jueces nacionales. Es por eso que, más recientemente, el Tribunal Constitucional italiano tuvo que repetir su mensaje a los jueces comunes en el 2011.⁶²

En este contexto se puede entender la *ratio* de la cuestión preliminar planteada en *Kamberaj*.⁶³ Este caso se refería a la interpretación de la Directiva 2003/109 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y se originó a partir de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano, el *Tribunale di Bolzano/Bozen*, que había invocado el artículo 6 del TUE para poder inaplicar previsiones nacionales incompatibles con el CEDH, aplicando al Convenio la doctrina *Simmenthal*.

En *Kamberaj*, el juez remitente, entre otras cosas, preguntó:

si, en caso de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH, la referencia a éste que hace el artículo 6 del TUE obliga al juez nacional a aplicar directamente las previsiones del Convenio, en el caso de autos el artículo 14 del mismo así como el artículo 1 del Protocolo n° 12, y a no aplicar la norma de Derecho nacional

⁶¹ Tribunale di Ravenna, 16 enero 2008. Carlotto, “I giudici comuni”.

⁶² Corte Costituzionale, decisión 80/2011, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Antonio Ruggeri, “La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)”, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf>.

⁶³ C-571/10, *Kamberaj*, todavía no publicada; <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=121961&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=1534635>>. Véase: Giuseppe Bianco y Giuseppe Martinico, “Dialogue or Disobedience? On the domestic effects of the ECHR in light of the *Kamberaj* decision”, [2014] *European Public Law*, 435-450.

incompatible, sin tener la obligación de plantear previamente una cuestión de constitucionalidad ante la Corte costituzionale.⁶⁴

Como se puede observar de la redacción de la cuestión prejudicial, el juez remitente intentó utilizar el procedimiento prejudicial de una manera estratégica, pues quiso obtener nuevos argumentos desde el TJUE para superar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y poner fin al control centralizado de convencionalidad del Tribunal constitucional.

Esta cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale di Bolzano* tiene sentido si es contextualizada en el escenario italiano, donde la posibilidad de extender la doctrina *Simmenthal* al CEDH ha sido concebida como una oportunidad para dar nuevos poderes a los jueces nacionales.

En *Kamberaj*, sabiamente desde mi punto de vista, el TJUE evitó el riesgo de verse involucrado en una guerra judicial interna, afirmando que el artículo 6 del Tratado UE no regula los efectos del CEDH en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por tanto, procede responder a la segunda cuestión que la referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al CEDH no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las previsiones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo.⁶⁵

El TJUE confirmó esta visión en *Åkerberg Fransson*.⁶⁶ Sin entrar en el detalle del análisis de estas dos decisiones, quiero limitarme a

⁶⁴ C-571/10, *Kamberaj*, párr. 59.

⁶⁵ C-571/10, *Kamberaj*, párr. 63.

⁶⁶ C-617/10, *Åkerberg Fransson*, , todavía no publicada: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0617:EN:HTML>>.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma

tres puntos sobre Kamberaj y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional.

En Kamberaj el TJUE parece descartar la teoría de comunitarización (por lo menos la automática) del CEDH por medio del artículo 6 (3) del TUE.

Al haberlo hecho así, ha transferido el tema de la relación entre el CEDH y el ordenamiento jurídico italiano al Tribunal Constitucional. El Tribunal de Luxemburgo en este sentido hizo *self restraint* y no cuestionó la opinión del Tribunal Constitucional italiano sobre este asunto.

Por otro lado, el TJUE afirmó que el art. 6 (3) “no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las previsiones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”.⁶⁷

En mi opinión, este término “no obliga” puede también entenderse como “no prohíbe” en el sentido de que, si la *Corte Costituzionale* tuviera que modificar su punto de vista en el futuro permitiendo la inaplicación por los jueces comunes, el derecho de la UE no prohibiría este *revirement*.

Finalmente, el TJUE no dejó pasar la oportunidad de destacar su papel como el árbitro último del efecto directo potencial que debe darse al CEDH a la luz del derecho de la UE. El TJUE recordó, en efecto, que el artículo 6 (3) del TUE reproduce una jurisprudencia

el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional. (párr. 44)

⁶⁷ C-571/10, *Kamberaj*, párr. 63. Énfasis añadido.

consolidada, que considera la protección de los derechos fundamentales como parte de los principios generales del derecho de la UE, cuyo respeto está garantizado por el TJUE.⁶⁸

De esta manera, el TJUE se ha reservado la última palabra sobre el tema del efecto directo del CEDH, actuando, como siempre, como portero –utilizando la expresión de Snyder⁶⁹ de los efectos directos en el derecho de la UE. El favor constitucional atribuido al CEDH no excluye *a priori* casos de conflictos o divergencias interpretativas.

En la sentencia n. 230/2012,⁷⁰ el Tribunal Constitucional italiano ha enfatizado la especificidad del contexto italiano y ha demostrado que puede disentir de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, mejor aun, ha establecido el deber de tomar en cuenta las particularidades de su ordenamiento y que a veces no puede automáticamente seguir la jurisprudencia relevante del Tribunal de Estrasburgo.⁷¹

⁶⁸ C-571/10, *Kamberaj*, párr. 61.

⁶⁹ Francis Snyder, “The gatekeepers: the European courts and WTO law”, [2003] *Common market law review*, 313-367.

⁷⁰ Corte Costituzionale, sentencia n. 230/2012, disponible en: <www.corte-costituzionale.it>. Antonio Ruggeri, “Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum”, disponible en: <<http://www.diritticomparati.it/2012/10/ancora-a-margine-di-corte-cost-n-230-del-2012-post-scriptum.html>>.

⁷¹ “La prima e fondamentale censura svolta dal rimettente –quella di violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con l’art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo– trova il suo presupposto nell’orientamento di questa Corte, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, in forza del quale le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione, integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale evocato, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (ex plurimis, tra le ultime, sentenze n. 78 del 2012, n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011): ciò, peraltro, nei limiti in cui la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea – la quale si pone pur sempre a livello sub-costituzionale – non venga a trovarsi in conflitto con altre conferenti previsioni della Costituzione

Se trata de una decisión que se contextualiza en el marco de un enfrentamiento más amplio que ha llevado a decisiones como *Maggio*⁷² o *Agrati*⁷³ –en materia de leyes de interpretación auténtica–, donde el TEHD ha condenado al Estado italiano por violación del artículo 6 del Convenio.

Conviene resaltar un punto importante de la decisión. No se trata de un fenómeno aislado, pues a pesar de que le hayan reconocido una gran autoridad a la jurisprudencia del TEDH, otros tribunales constitucionales⁷⁴ también han tratado a veces de distinguir su jurisprudencia de la del Tribunal Europeo.

italiana (sentenze n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009), e ferma restando, altresì, la spettanza a questa Corte di un ‘margine di apprezzamento e di adeguamento’, che – nel rispetto della ‘sostanza’ della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell’ordinamento in cui l’interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi (sentenze n. 303 e n. 236 del 2011, n. 311 del 2009)”, Corte Costituzionale, sentenza n. 230/2012, <www.cortecostituzionale.it>.

⁷² TEDH, *Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

⁷³ TEDH, *Agrati e altri c. Italia* (n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09. Véase también Corte Costituzionale, decision 311/2009, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>. Sobre este enfrentamiento véase también M. Massa, “Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività”, 2011, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0017_massa.pdf>.

⁷⁴ Tribunal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1481/04 Tribunal Constitucional de Austria, Miltner, VfSlg 11500/1987, disponible en: <<http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>>; Tribunal Supremo del Reino Unido, *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14, para. 11 y *Manchester City Council v. Pinnock* [2010] UKSC 45, para. 48, donde el Tribunal Supremo dijo que:

This Court is not bound to follow every decision of the [ECtHR]. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue ... which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber[...] Where, however, there is a clear and constant line of

Episodios de divergencia se materializaron en otros casos, donde la *Corte Costituzionale* tuvo que distinguir su papel, frente al Tribunal de Estrasburgo, de una manera clara:

La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele....A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata.⁷⁵

Como el antiguo Presidente del Tribunal Constitucional, Gallo, escribió en un texto preparado para una reunión celebrada en Bruselas el 24 de mayo de 2012,⁷⁶ recientemente el intercambio de puntos de vista entre el Tribunal constitucional y el Tribunal de Estrasburgo se ha vuelto más y más frecuente. En principio esto le da un valor añadido a la protección de los derechos fundamentales en

decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line.

Sobre este asunto véase: Cian Murphy, “Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue”, Jean Monnet Working Paper, 10/12, disponible en: <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/12/1210.html>>. Sobre este fenómeno véase: Giuseppe Martinico, “A Comparative-Constitutional Overview Of ECHR And EU Law Before National Courts”, [2012] *European Journal of International Law*, 401-424.

⁷⁵ Corte Costituzionale, sentencia n. 264/2012, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁷⁶ Franco Gallo, “Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU”, Bruselas, 24 mayo 2012, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf>.

Europa, sin embargo, como el magistrado Gallo señaló: “el trabajo de transposición de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento jurídico nacional no ha sido fácil”.⁷⁷

Estas palabras son emblemáticas de una cierta tensión que ha surgido en los últimos años: la apertura mostrada hacia el CEDH y la jurisprudencia del TEDH por el Tribunal Constitucional en 2007 ha sido una especie de *boomerang*, ya que la *Corte Costituzionale* ha tenido desde entonces que justificar de manera expresa casi cualquier forma de desacuerdo con la interpretación del Tribunal de Estrasburgo.⁷⁸ En otros casos decidió declarar la norma nacional inconstitucional sin utilizar el CEDH.⁷⁹

En la sentencia n. 49/2015,⁸⁰ el Tribunal constitucional italiano recordó la función preeminente realizada por el Tribunal de Estrasburgo en la interpretación del CEDH y el deber de interpretar el derecho interno de una manera conforme con éste. Por otro lado, la *Corte costituzionale* declaró también que los jueces nacionales no son “*passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisprudenziale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato*”.⁸¹ Para aclarar este punto, el Tribunal constitucional italiano hizo una distinción entre los casos en que el juez nacional tiene que hacer frente a una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo y los casos en que no hay jurisprudencia consolidada.

Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione. Corrisponde infatti a una primaria esigenza di

⁷⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁸ Por ejemplo: Corte Costituzionale, decisión 264/2012, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁷⁹ Corte Costituzionale, decisión 278/2013 y decisión n. 162/2014, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁸⁰ Corte Costituzionale, decisión 49/2015, disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.

⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo.⁸²

Algunos estudiosos han criticado la sentencia n. 49/2015, ya que pediría

too much of the ordinary courts, as not all courts have a deep insight into ECtHR case law nor knowledge of its official languages, and it might push the [Constitutional Court] away from fundamental rights issues, leaving these to ordinary and international courts whose main task is not to guarantee the correct interpretation and application of the Constitution.⁸³

V. CONCLUSIONES

En este artículo se ha tratado de ofrecer una breve panorámica de la evolución de la jurisprudencia constitucional que resulta relevante para el tema del impacto de los derechos europeos, es decir el derecho de la Unión y el CEDH.

Como hemos visto, en los dos casos el Tribunal Constitucional tuvo que alejarse progresivamente de sus posiciones iniciales, a veces enfrentándose directamente con los intérpretes de estos derechos (como en el caso del TJUE en los años setenta).

Actualmente, todavía no se puede hablar de una convergencia absoluta entre las visiones de estos tribunales; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aceptado los principios estructurales del derecho de la UE sin renunciar a su mandato de defensor de la Constitución.

⁸² *Ibidem*, p. 35.

⁸³ Diletta Tega, “A National Narrative: The Constitution’s Axiological Prevalence on the ECHR—A Comment on the Italian Constitutional Court Judgment No. 49/2015”, [2015] *Int’l J. Const. L. Blog*, disponible en: <<http://www.iconnect-blog.com/2015/04/mini-symposium-on-cc-judgment-49-2015/>>.

Para muchas cosas, el Tribunal Constitucional italiano ha tenido una posición similar para ambos derechos europeos: ha reconocido el deber de interpretación conforme, por ejemplo y la fuerza súper-legislativa de estas normas. Al mismo tiempo, ha mostrado particular atención y respeto hacia los tribunales europeos y todo esto ocasiona que estos derechos sean peculiares si se les compara con el resto del derecho público internacional.⁸⁴

Sin embargo, en muchas otras cuestiones, el Tribunal Constitucional demuestra creer todavía en la especialidad de la Unión y de concebir su derecho como *sui generis*, también si es comparado con el del CEDH.

Mientras muchos tribunales constitucionales o supremos han utilizado de hecho sus propias versiones de la doctrina de los contra-límites para salvaguardar el núcleo del ordenamiento constitucional (en el caso alemán, por ejemplo, el Tribunal constitucional ha utilizado la misma técnica selectiva de los contra-límites contra el Convenio), el Tribunal italiano parece pedirle al CEDH un esfuerzo todavía mayor y un límite más grande en comparación con lo requerido para el derecho de la UE, es decir, la compatibilidad con toda la Constitución.

El caso italiano demuestra también la insuficiencia de un enfoque puramente formalista para este tipo de temas. En los años ochenta, Neville Brown y McBride escribieron que la atribución del efecto directo de las previsiones del CEDH es una cuestión que depende totalmente de las constituciones nacionales.⁸⁵

⁸⁴ Giuseppe Martinico, "A Comparative-Constitutional Overview Of ECHR". Véase también: Helen Keller, y Alec Stone Sweet, "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal System", en Helen Keller y Alec Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 681.

⁸⁵ "An individual could not however rely upon any provisions of the ECHR in a national court unless it was "capable of conferring rights on citizens of the Community which they can invoke before the courts". This requirement raises the question whether the ECHR's provisions are of direct effect. The only guide to

Creo que algo ha cambiado, dado que hoy no se pueden entender las conclusiones del libro de Keller-Stone Sweet sobre el valor súper-primario generalmente reconocido al CEDH,⁸⁶ sin ir más allá de la redacción de las previsiones constitucionales y esto explica por qué decidí centrarme en la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

En cuanto a las previsiones constitucionales, se pueden observar las diferentes maneras de explicar y justificar la autoridad nacional del CEDH pero a pesar de estas diferencias, se ha apreciado que los ordenamientos europeos se están acercando progresivamente entre sí con referencia a la “posición” reconocida al CEDH en los sistemas nacionales.

Esta conclusión es independiente de la posición oficial que figura en la Constitución, o del enfoque monista o dualista de cada ordenamiento. Hoy, la cuestión del efecto directo del CEDH no depende sólo de lo que está escrito en las constituciones, sino que es algo

this is to be found in the decisions of the courts of countries whose constitutions accord the ECHR legal effect”. L. Neville Brown y Jeremy McBride, “Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights”, *American Journal of Comparative Law*, (1981) 691, 695, Andrew Drzemczewski, “The Domestic Status of the European Convention on Human Rights: New Dimensions”, 1 [1977] *Legal Issues of European Integration*, 1.

⁸⁶ Helen Keller y Alec Stone Sweet, “Assessing the Impact” cit, 681:

European integration—the evolution of the EU’s legal system, in particular—has shaped reception in a number of crucial ways. First, the ECJ’s commitment to the doctrines of the supremacy and direct effect of Community law provoked processes that, ultimately, transformed national law and practice. Supremacy required national courts to review the legality of statutes with respect to EC law, and to give primacy to EC norms in any conflict with national norms. For judges in many EU States, the reception of supremacy meant overcoming a host of constitutional orthodoxies, including the prohibition of judicial review of statute, the *lex posterior derogat legi priori*, and separation of powers notions. These same structural issues arose anew under the Convention”, Helen Keller y Alec Stone Sweet, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal System”.

que parece ir totalmente más allá del control de las constituciones nacionales.

En este escenario, el derecho de la UE también ha dado a los jueces nacionales nuevos argumentos para reconsiderar la fuerza del CEDH y el caso italiano es emblemático en este sentido.

SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO NATURAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

CARLOS I. MASSINI-CORREAS¹

RESUMEN: En este artículo se exponen reflexiones filosóficas sobre el concepto de derechos humanos y la relación del mismo con la de la idea de derecho natural (en su concepción occidental), señalando la importancia de dichas cuestiones en el alcance del discurso de los derechos humanos. Además, se hacen consideraciones sobre los derechos de tercera generación, que de manera subsidiaria puede aclarar algunos tópicos de las primeros dos ejes temáticos del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos, derecho natural, derechos de tercera generación.*

ABSTRACT: This article presents philosophical considerations about the concept of human rights and its relation to the idea of natural law (in its western conception), pointing out the importance of these issues in the scope of human rights discourse. Also are treated considerations about the third-generation rights which in a subsidiary way can clarify some topics of the first two thematic axes of this article.

KEYWORDS: *Human rights, natural law, third generation rights.*

SUMARIO: I. Tres cuestiones a tratar; II. Sobre el concepto filosófico de los derechos humanos; III. La “humanidad” de los derechos; IV. Derechos humanos y derecho natural; V. Derecho natural y bienes humanos; VI. Sobre los llamados “derechos de tercera generación”; VII. Conclusión sobre fundamentos.

¹ Doctor en Ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Mendoza, Argentina.

I. TRES CUESTIONES A TRATAR

Entre las numerosas cuestiones que plantea a la inteligencia la noción de derechos humanos, hay dos que aparecen como centrales, de modo tal que ningún estudio sobre ese tema puede dejar de abordarlas, aunque más no sea sintéticamente. Estas cuestiones son: (i) la del concepto mismo de derechos humanos, o de su definición, y (ii) la de sus relaciones con la idea —propia de la Tradición Central de Occidente—² de derecho natural. Y esto es así porque de no tratarse estos asuntos, no podrá saberse a ciencia cierta de qué se está hablando, ni cuál es el alcance preciso del discurso sobre esos derechos. A estas dos cuestiones centrales, se le agregará en esta oportunidad el tratamiento de una tercera, que si bien carece de la centralidad de las precedentes, tiene una actualidad innegable y puede servir para aclarar algunos de los aspectos de las dos primeras: se trata de la referida a los denominados “derechos de tercera generación”, que incluyen nociones tales como los denominados “derechos” al medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo económico o al desenvolvimiento de la personalidad.

En lo que sigue, se desarrollarán esos tres puntos en el orden en que han sido enumerados, dejando constancia de que esos desarrollos se llevarán a cabo en el nivel propiamente filosófico,³ dejando de lado deliberadamente el estudio del nivel científico-jurídico o *jurídico-dogmático*, en el que se analiza el contenido y alcances concretos de las declaraciones positivas de derechos, tanto a nivel nacional como internacional, así como las implican-

² Sobre esta noción, véase: George, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 19; la frase corresponde originalmente a Isaiah Berlin, en *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, New York, Alfred Knopf, 1991.

³ Acerca de los posibles niveles de consideración de la problemática de los derechos humanos, véase: Cruz Parcero, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

cias hermenéuticas de esas declaraciones. Tampoco se abordarán los temas propios del nivel *sociológico* de consideración, referidos a la vigencia efectiva de los derechos humanos en el contexto de una o varias sociedades concretas. Y menos aún se hará referencia al discurso agonal o *militante* acerca de esos derechos, destinado a captar voluntades políticas, convencer a la opinión pública o justificar vías de acción política que, de otro modo, resultarían injustificables. Todo este ámbito del discurso queda por definición fuera del campo de la investigación científica, el debate riguroso y la argumentación seria con pretensiones de objetividad. Se lo dejará expresamente en manos del periodismo y el debate sectorial, reducido a la mera opinión dogmatizada y a la retórica partidista.⁴

Y en lo que respecta al mencionado nivel filosófico de consideración, es conveniente precisar que sus investigaciones se moverán en los dos ámbitos en los que se dividen en general los estudios de la filosofía práctica: (i) el del *análisis* conceptual o *metaético*, destinado a explicitar las nociones fundamentales y los supuestos nocionales de la problemática que se indaga; y (ii) el que corresponde a los ámbitos valorativo y *normativo*, en el que se proponen los bienes, valores y principios que han de dirigir y juzgar la conducta humana en un ámbito determinado de la praxis humana.⁵ Esto significa, en lo que respecta a la problemática de los derechos humanos, intentar una respuesta razonada y justificada a dos preguntas principales: (i) ¿Qué son los derechos humanos y cuál es su fundamento o razón de ser?; y (ii) ¿Cuáles son esos derechos y cuál es su alcance y función en la regulación de la praxis humana?

⁴ En este punto, véase: Glendon, M.A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1993.

⁵ Acerca de estos niveles, véase: Ogien, R., “Éthique et philosophie morale”, en AA.VV., *Précis de philosophie analytique*, Ed. P. Engel, Paris, PUF, 2000, pp. 213-218.

II. SOBRE EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es bien sabido que la noción de derechos humanos, tal como se la piensa y se la vive —al menos predominantemente— en el mundo contemporáneo,⁶ tuvo su nacimiento en el contexto de las luchas políticas de la modernidad tardía —más concretamente, de la Ilustración— contra el absolutismo monárquico vigente en la gran mayoría de los países de Europa. En esas luchas, tuvo especial injerencia el pensamiento propio del iusnaturalismo moderno, centrado cada vez más en la noción de autonomía,⁷ y caracterizado por el secularismo, el individualismo y una clara orientación racional-construccionista.⁸ Como consecuencia de ello, la declaración paradigmática de derechos humanos, es decir, la francesa de 1789, revistió un carácter marcadamente individualista,⁹ recogiendo sólo derechos que promueven y aseguran la autonomía de los sujetos humanos:

⁶ Acerca de la experiencia práctica como punto de partida de la filosofía del derecho, véase: Massini Correas, C.I., “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, en *Persona & Derecho*, N°66-67, Pamplona, 2012, pp. 353-385.

⁷ En este punto véase la imponente obra de Schneewind, J.B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, trad. J.H. Ruiz Rivas, México, FCE, 2009. Véase también: Massini Correas, C.I., “¿Existe un principio ético de autonomía?”, en A.VV., *Amor a la sabiduría. Estudios de metafísica y ética en homenaje al Profesor Juan de Dios Vial Larraín*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 595-619.

⁸ Acerca de estas características del pensamiento jurídico-político moderno, puede verse: Massini Correas, C.I., *La desintegración del pensamiento jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pássim.

⁹ Véase, en este punto: Rivero, J., *Les libertés publiques – I – les droits de l’homme*, Paris, PUF, 1974, pp. 66 ss. Asimismo, véase: Thomann, M., “Origines et sources doctrinales de la déclaration des droits”, en *Droits-Revue française de théorie juridique*, N° 8 (*La déclaration de 1789*), Paris, PUF, 1988, pp. 55-70. Es bien sabido de que la Declaración de Derechos de Virginia no tiene el carácter fuertemente individualista de la francesa; véase: Carbonell, M., *Una historia de los derechos fundamentales*, México D.F., 2010, pp. 54-58.

libertad, propiedad [privada], seguridad [personal] y resistencia a la opresión.¹⁰

Es bien sabido que a partir de esa declaración –la Declaración de Derechos de Virginia no tuvo originariamente la repercusión e influencia de la francesa– se sucedieron varias declaraciones más, algunas de ellas cambiando o enriqueciendo los contenidos de las precedentes, hasta que, después de la Segunda Guerra Mundial, se produjo una explosión de declaraciones de derechos humanos,¹¹ expansión que ha llegado hasta el presente, si bien con una marcada tendencia a la declinación. Este proceso de desarrollo de las declaraciones,¹² ha llevado a varios autores a realizar una clasificación histórico-sistemática de los derechos, dividiéndolos en derechos “de primera generación” (derechos-libertades o de autonomía individual), derechos “de segunda generación” (derechos sociales o de prestaciones) y, finalmente, derechos “de tercera generación” (derechos de solidaridad o fraternidad universal).¹³ Tal como se expuso al comienzo, este último término de la clasificación será objeto de análisis detallado más adelante.

Pero cualquiera que sea la clasificación que se adopte de estos derechos, resulta necesario, a partir de lo que se afirma en el lenguaje habitual que los tiene por objeto, establecer con cierta pre-

¹⁰ Véase el texto completo de la Declaración, así como de los proyectos preparatorios, en Fauré, Ch., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. D. Sánchez & J.L. Núñez Herrejón, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-FCE, 1995.

¹¹ Cfr. Glendon, M.A., *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. P. Pallares Yabur, México, FCE-Universidad Panamericana, 2011.

¹² Este proceso histórico de ideas y declaraciones, ha sido muy bien resumido por Mahoney, J., *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 1-71.

¹³ Véase, sobre esta clasificación: Ramos Pascua, J.A., *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Bilbao, Desclée de Brower, 2007, pp. 90 ss.

cisión cuál es su noción propia o significado focal. Como se trata de un término compuesto por dos palabras, conviene a esos efectos precisar ante todo el significado de cada una de ellas, para pasar luego a la explicación de la locución completa. Habría que analizar por lo tanto y en primer lugar, qué se quiere decir con la locución “derechos”. A esos efectos, corresponde recordar que la palabra – y el concepto – de “derecho” reviste carácter analógico, es decir, tiene una polisemia basada en la similitud o semejanza de la realidades designadas, una de las cuales es el caso central de predicación del término, alrededor del cual giran los restantes significados.¹⁴ Esto implica que “derecho” se predica de varias realidades diferentes, pero que guardan entre ellas una cierta semejanza, y que una de esas realidades aparece como central o principal y las restantes como derivadas, diluidas, o que sólo son derecho “en un cierto sentido” (*secundum quid*, en la terminología latina).

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, que es el propio de la filosofía jurídica, el caso central de “derecho” es el de aquella *praxis* humana que se ordena, en cada circunstancia social concreta, al bien humano social o común, es decir, a la realización de las perfecciones humanas en cuanto ellas dependen para su logro de la contribución o aporte colectivo.¹⁵ Dicho de otro modo: la obtención de la mayoría de los bienes humanos o de la dimensión fundamental de éstos, depende de la cooperación y asistencia de diferentes grupos sociales, pero en especial de la sociedad política o sociedad completa, que es la que puede proveer y facilitar la realización de la gran mayoría de los bienes humanos.¹⁶ Por supuesto

¹⁴ Sobre la noción de analogía, puede verse: McInerny, R., *Aquinas & Analogy*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1996.

¹⁵ Cfr. Massini Correas, C.I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 15-28.

¹⁶ Sobre el concepto de “bien común”, véase: Massini Correas, C.I., “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, en *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2, Pamplona, 1994, pp. 817-828.

que este bien, para ser propiamente *común*, debe ser participado –en cuanto beneficiarios– por todos los individuos que integran la comunidad, ya que de lo contrario – en el caso de un bien que fuera el resultado de una obra de mancomún, pero no beneficiara a los participantes, sólo sería “común” en un sentido reductivo, pero no plena e integralmente.

Pero también son “derecho” –y pueden denominarse analógicamente así– aquellas *normas*: proposiciones práctico normativas¹⁷ que guían la praxis humana hacia el mayor logro de las dimensiones centrales del bien humano. Y las normas son estrictamente necesarias para la dirección de la conducta toda vez que, en razón de la complejidad y la contingencia propias de la praxis humana, resulta imposible determinar en concreto y sin la ayuda de principios y normas racionales generales, cuál es la conducta que se ordena al bien y cuál la que aparta de él al hombre. “Si una comunidad –escribe Gómez Lobo– no tuviera conciencia de la normas morales obligaría a cada uno de sus miembros a reconstruir, por sí mismo y en cada ocasión particular, los criterios necesarios para emitir los juicios morales correctos. Huelga decir que en esas condiciones sería muy difícil lograr una fundamental consistencia en la propia conducta”.¹⁸ Esto resulta más relevante aún en el ámbito jurídico, en el que la conducta es necesariamente social –referida a otro sujeto– y por lo tanto son imprescindibles las normas para la coordinación de las acciones libres de sujetos distintos en contextos complejos.¹⁹

Pero si la praxis jurídica está constitutivamente referida a otro sujeto de derecho, formando lo que se llama una “relación jurídi-

¹⁷ Sobre los aspectos lógicos del discurso normativo, véase: Kalinowski, G., *La logique des normes*, París, PUF, 1972.

¹⁸ Gómez Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, p. 83.

¹⁹ Por razones de simplicidad del argumento se hace referencia sólo a las normas prescriptivas, pero existen al menos otros cinco tipos de normas: Kalinowski, G., *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, París, PUF, 1996, pp. 135 ss.

ca”,²⁰ es claro que la necesidad deóntica –“deber jurídico”– que crea una norma al prescribir una conducta, tiene su correlato necesario en otro sujeto jurídico, que aparece –al menos inmediatamente– como beneficiario o destinatario de la conducta prescrita. Este correlato, que radica en el sujeto denominado “activo” de la relación, se ha denominado tradicionalmente *derecho subjetivo* y en plural “derechos”²¹ y consiste en la facultad o poder práctico de realizar una cierta conducta –lo que supone una abstención de los demás– o bien de exigir de otro sujeto que realice aquella acción o conjunto de acciones –que suelen denominarse “prestaciones”– que han sido prescritas por la norma correspondiente.

Por lo tanto, la primera parte de la expresión compleja “derechos humanos” hace referencia a una *facultad* o poder jurídico, a través del cual se puede exigir –jurídicamente– de los restantes sujetos jurídicos, ya sea una prestación activa, ya sea una abstención. Como se dijo más arriba, toda facultad jurídica necesita tener como fundamento inmediato o justificación racional próxima una *norma* jurídica –no forzosamente jurídico-positiva– y como correlato ineludible un *deber* jurídico de otro u otros sujetos jurídicos.²² Y este último elemento resulta indispensable, toda vez que si nadie debe nada a un determinado sujeto jurídico, aparece como impensable que este posea el derecho de exigir algo a alguien; en otras palabras, que sea titular de un derecho-facultad.²³

²⁰ Este punto se encuentra desarrollado en Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho - I - El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 79-107.

²¹ Para el análisis de esta noción, véase: Kalinowski, G., “Logique et philosophie du droit subjectif”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° IX, Paris, 1964, pp. 37-43.

²² Cfr. Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 96 ss. y Stoljar, S., *An Analysis of Rights*, London, MacMillan, 1985, pp. 44 ss.

²³ En este punto, véase: Massini Correas, C.I., *Teoría del Derecho y Derechos Humanos*, Lima, ARA Editores, 2011, pp. 32-36.

Ahora bien, para completar la explicación y precisión del significado de “derecho” o “derechos” en sentido subjetivo, conviene hacer una remisión a un trabajo de Alan Gewirth en el que se distinguen con acribia los elementos centrales de esa realidad, sin los cuales ella no puede ser correctamente pensada. Gewirth enumera cuatro elementos: (i) el *sujeto* titular del derecho (A); (ii) el *objeto* o la materia sobre la cual el derecho versa (X); (iii) la contraparte del sujeto titular, que tiene la *obligación* de cumplir con el objeto del derecho (B); y (iv) la base *justificatoria* del derecho (Y). Y sobre la base de ese análisis, ese autor propone una fórmula general que expresa lo que es “un derecho”: “*A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y*”.²⁴ Se volverá sobre esto más adelante.

III. LA “HUMANIDAD” DE LOS DERECHOS

Y en lo que respecta a la segunda palabra de la locución compleja “derechos humanos”, corresponde decir que no constituye, en contra de la opinión de algunos autores, una tautología respecto de la primera, ya que “humano” claramente no significa lo mismo que “derecho”,²⁵ pero sí es verdad que se trata de una expresión *vaga*, de significación imprecisa, y que por lo tanto necesita ser precisada o determinada. En otras palabras, “humano” es un adjetivo excesivamente amplio como para caracterizar con precisión al nombre “derecho” y debe establecerse, por lo tanto, en cuál de sus múltiples sentidos se utiliza la palabra “humano” en la locución compleja estudiada. Es decir, precisar su semántica propia.

En este sentido, es claro que al utilizar el adjetivo “humano” o “humanos” para determinar el nombre “derecho” o “derechos” no se quiere hacer referencia a que los derechos corresponden a los

²⁴ Gewirth, A., “Are there any absolute rights?”, en AA.VV., *Theories of Rights*, Ed. J. Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95.

²⁵ Cfr. Sanguineti, J.J., *Logica e gnoseologia*, Roma, Pontificia Università Urbana, 1988, pp. 133-134.

seres humanos, ya que en ese sentido la locución resultaría vaga y equívoca, toda vez que los hombres tienen múltiples “derechos” que no pueden ser calificados de “humanos”; en ese sentido, todo vecino del municipio de Godoy Cruz tiene derecho indudable a que se le recoja periódicamente la basura, pero nunca se calificaría a esa facultad jurídica como un derecho “humano”. Menos aún se puede utilizar razonablemente ese calificativo para distinguir ciertos derechos de los que tendrían los seres no-humanos, ya que, aunque algunos autores los defiendan,²⁶ no existen derechos infrahumanos: “por causa del hombre existe el derecho” sostenía el jurisconsulto Hermógenes, dejando en claro que sólo los hombres los tienen.

Pero tampoco puede utilizarse la expresión “humanos” para calificar a ciertos derechos que serían opuestos a otros “inhumanos”, en sentido axióticamente negativo, por lo que debe buscarse la significación precisa de ese adjetivo en otro lugar. En rigor, y si se hace referencia al uso habitual del vocablo, es posible establecer que se utiliza para calificar a cierto tipo de derechos que tienen una vinculación especial con el carácter humano —o con la *hominidad*— de sus titulares. En otras palabras: con el uso habitual de “humanos” se hace referencia inequívocamente a que ciertas facultades jurídicas tienen una relación especial —relación de fundamentación— con la índole humana de sus titulares; son derechos que se poseen principal y raigalmente en razón del carácter humano de sus detentadores. Hay derechos que se tienen en razón del carácter de vecino de un municipio, de integrante de una corporación, de un convenio suscripto con otro u otros sujetos jurídicos, porque así lo ha establecido la legislación impositiva, y así sucesivamente; pero es claro que

²⁶ Entre muchos otros: Routley, R. & Routley, V., “Against the inevitability of human chauvinism”, en AA.VV., *Ethics and Problems of the 21st. Century*, Notre Dame-Indiana, Notre Dame University Press, 1979, pp. 35-59. Asimismo, véase: Massini Correas, C.I., “Derechos ecológicos y dignidad humana”, en AA.VV., *Ecología y filosofía*, Ed. C.I. Massini Correas, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1993, pp. 81-88.

a ellos no nos referimos cuando hablamos de “derechos humanos”, sino sólo a los que nos corresponden o de los que somos titulares en virtud fundamentalmente de nuestra humanidad.

Es por eso que en la gran mayoría de las declaraciones de derechos se comienza con el cuantificador universal “todos”, en cuanto la totalidad de los seres humanos son titulares de esos derechos y esto sin necesidad de alguna cualidad particular, establecida positivamente, que determine quiénes son los titulares. De este modo, del análisis anterior es posible inferir que la locución “derechos humanos”, tal como es utilizada generalmente y en los ámbitos más relevantes, designa a aquellas facultades jurídicas que tienen como justificación racional a la índole humana de sus titulares. O en otras palabras: que el título o razón inmediata por la que se los posee es la humanidad que es propia de sus sujetos.²⁷

En un trabajo anterior, se ha explicitado con otros términos esta misma idea, sosteniendo que según la significación que se desprende del modo más obvio del lenguaje habitual acerca de los derechos humanos, éstos se presentan como aquellos derechos subjetivos que tienen su título –o fundamento, o justificación– en las notas esenciales del modo de ser del hombre –en lo que se podría llamar la “hominidad”– o en alguna de sus dimensiones perfectivas próximas, y que –además– se poseen lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella. Esto supone –se concluye allí– la necesidad de la existencia de al menos un principio supra-positivo, principio que fundaría esos derechos que aparecen como derechos anteriores o superiores al resto de los derechos.²⁸

²⁷ Sobre la noción de “título jurídico”, véase: White, A.R., *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 111 ss.

²⁸ Cfr. Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 114. Véase, en el mismo sentido y muy especialmente: Hervada, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Escritos de derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 427-428.

IV. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO NATURAL

Ahora bien, la última de las notas mencionadas, la de “anterioridad” o “superioridad”, supone la existencia de ciertos principios jurídicos –al menos uno– que no dependen para su validez y fuerza deóntica de su establecimiento fáctico por una voluntad, actividad o construcción humana. Y estos principios no son sino aquella realidad que a lo largo de los siglos se ha denominado generalmente y por pensadores de muy diversas épocas y escuelas como “derecho natural”.²⁹ John Finnis ha reconocido que esa denominación tiene en nuestros días un “marketing” horrible, en razón de la equivocidad y peyoratividad con que se utiliza la expresión “natural”, refiriéndola preponderantemente a la estructura física del mundo material, pero reconoce que, por razones de tradición de pensamiento, conviene mantener las expresiones “derecho natural” y “ley natural” para designar el núcleo duro de indisponibilidad que fundamenta, guía y limita la normatividad jurídica.³⁰

Por otra parte, y en lo que respecta a la relación entre “derechos humanos” y derecho natural, resulta oportuno remitirse a un libro de Blandine Barret-Kriegel, en el que la pensadora francesa sostiene que “podemos extraer una lección para el desarrollo mismo de los derechos del hombre. Si ellos no pueden tener su origen en el idealismo subjetivo y el voluntarismo jurídico, sino, como hemos tratado de mostrar, en las obras modernas de derecho que mantienen la referencia a la ley natural, esto significa entonces, para quien cree y espera en su futuro y en su desarrollo, que la filosofía del derecho debe enraizarse en la idea de ley natural [...]. El destino

²⁹ Cfr. Soaje Ramos, G., “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, en *Ethos*, N° 6/7, Buenos Aires, 1979, pp. 99-107.

³⁰ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 437 (*Postscript*). Allí escribe que “Natural Law” es “an inconvenient label”.

jurídico de los derechos del hombre –concluye– pasa por el futuro de una filosofía de la ley natural, y hoy en día, como recientemente, por una crítica de la filosofía del sujeto”.³¹

Por su parte, John Finnis ha escrito claramente que resulta “sencillo el mapa conceptual de los derechos *humanos* en el discurso moderno, ya que sigue la línea del mapa conceptual de lo que en una anterior forma de hablar se llamaban derecho(s) *natural(es)*. Gayo, en el siglo segundo DC, enseñaba que ninguna ley estatal o convención común podía dejar de lado los derechos naturales. Y el Aquinate, en el siglo trece, enseñaba que la ley positiva, aunque escrita, definida y clara, no puede hacer que sea justo, vinculante moralmente o propiamente imponible (*enforceable*) lo que es inherentemente repugnante a los derechos naturales”.³²

Ahora bien, ¿cómo se explica este enraizamiento de los derechos humanos con la idea de ley o derecho natural? Para responder a esta pregunta es preciso volver a los elementos que distinguía Gewirth en la noción de “un derecho” (subjetivo). Entre estos elementos constitutivos se encuentra “la base justificatoria del derecho”, es decir, la razón precisa en virtud de la cual puede alegarse una facultad jurídica. Pero estas razones justificatorias pueden ser o bien *dadas* objetivamente y conocidas por el entendimiento, o bien *construidas* por la voluntad y la acción humanas; en rigor, la gran mayoría de las razones justificatorias de los derechos subjetivos son en parte dadas y en parte construidas, pero cuando estas razones son en principio o preponderantemente *dadas*, se las denomina ley o derecho *natural* –en este caso, cuando se las circunscribe al ámbito jurídico– y cuando son mayoritariamente *construidas* se las denomina derecho *positivo*. Es claro que las razones dadas objetivamente (o naturales) son, en un sentido normativo, *superiores* (tienen una fuerza

³¹ Barret-Kriegel, B., *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, 1989, pp. 98-99.

³² Finnis, J., “Introduction”, en *Collected Essays - III – Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 2-3.

normativa preferente) o *anteriores* (son previas cognitivamente a toda construcción humana) a las construidas artificialmente a través de las llamadas “fuentes sociales”.³³

Y si se acude a la historia y del lenguaje de los derechos humanos, de allí surge inequívocamente que se denomina “derechos humanos” a los que tienen su razón justificatoria no en las *meras* normas del derecho positivo, sino *primera y principalmente* en los principios del derecho natural. Dicho de otro modo: cuando se habla de “derechos humanos” como de una categoría especial de facultades jurídicas, se los distingue de los derechos que no son de esa categoría y que son los que dependen principalmente de la razón práctica y la voluntad humanas, que determinan y precisan aquellas facultades jurídicas que corresponden a la implementación concreta de los “derechos humanos”. Por lo tanto, es claro que los derechos humanos son, en rigor, derechos naturales, cuyos principios justificatorios son los preceptos universales de la ley natural jurídica o derecho natural.³⁴

V. DERECHO NATURAL Y BIENES HUMANOS

Pero queda pendiente una pregunta: esos principios o razones que justifican la existencia y validez de los derechos humanos: ¿qué tipo de razones son? ¿Son razones teoréticas, técnicas, prácticas, axiológicas, o de otro tipo? La respuesta inmediata a estas preguntas es que se trata de razones de carácter práctico, pero más específica-

³³ Véase: Finnis, J., “Natural Law”, en *Collected Essays – I – Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 199-211.

³⁴ Varios autores sostienen la tesis de que, en el caso de los derechos humanos, de lo que se trata es de la versión moderna - subjetivista - del derecho natural de la tradición de occidente; así por ejemplo, el profesor español Francisco Puy sostiene que los derechos humanos no son sino “la ley natural abordada desde el punto de vista de sus implicaciones subjetivas”; cit. en Maino, G., *Concepto y fundamento de los derechos humanos, a la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy*, Madrid, Tecnos, 2013, p.70.

mente, razones normativas y que proveen razones para el obrar.³⁵ Estas razones normativas –o dicho más precisamente, normas– son proposiciones, es decir, realidades lógico-intencionales en las que se une, a través de un funtor práctico (de prescripción, prohibición, permisión, etc.) al concepto de un sujeto (o sujetos) de acción, con el concepto de una acción (o conjunto de acciones). Por ejemplo, en la proposición normativa “Todo depositario debe devolver el depósito”, el funtor práctico de “deber” une normativamente a un tipo de sujeto de acción (los depositarios), con un tipo de acciones (la devolución de lo depositado).³⁶ Y esa norma es la base justificatoria de la proposición de derecho subjetivo “todo depositante tiene derecho de exigir la devolución de la cosa depositada”.

A su vez, esa norma-proposición significa que existe una razón para obrar en el sentido de su prescripción (permisión, prohibición, etc.). Y esto en razón de que la *praxis* humana es constitutivamente racional y por lo tanto se motiva y dirige a través de razones, es decir, de actos de la razón práctica.³⁷ Pero a su vez, esas razones para la acción se constituyen en relación a ciertos bienes, ya que la conducta humana es intencional y por lo tanto ordenada siempre a un fin, que no puede ser sino un bien, conforme lo explicitó magistralmente Aristóteles en los mismos inicios de la filosofía práctica. Entre estos bienes humanos, que son el objetivo de las acciones, es

³⁵ Sobre esta última noción, véase: Boyle, J., “Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Undelie Motivations”, en *The American Journal of Jurisprudence*, N° 46, Notre Dame-Indiana, 2001, pp. 177-197.

³⁶ Véase: Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*, trad. J.A. Casaubon, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 67-143.

³⁷ Sobre la estructura de la acción humana, véase: Brock, S., *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción*, trad. D. Chiner, Barcelona, Herder, 2000; Rodríguez Duplá, L., *Ética*, Madrid, BAC, 2001, pp. 35-68; Gallagher, D., “The Will and its Acts”, en AA.VV., *The Ethics of Aquinas*, Ed. S.J. Pope, Washington D.C., Georgetown University Press, 2002, pp. 69-89 y Finnis, J., “Human Acts”, en *Collected Essays – II – Intention & Identity*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 133-151.

posible distinguir algunos que resultan ser fundamentales e intrínsecos, ya que constituyen por sí mismos –no de modo meramente instrumental– las dimensiones centrales de la perfección humana. Estas dimensiones o aspectos de la perfección o bien humano –“primero y principalmente se llama bien el ser perfecto y perfectivo de otro a modo de fin”, escribe Tomás de Aquino³⁸ han sido denominados por John Finnis “bienes humanos básicos”³⁹ y son los que proporcionan las razones centrales para la acción humana.

Estos “bienes humanos básicos” cumplen en el orden de la praxis y de la razón práctica un papel inexcusable: respecto a las acciones o praxis humanas, son su objeto propio o finalidad constitutiva y en consecuencia le proporcionan su sentido; en referencia a las *normas* éticas (y jurídicas, que son una subespecie de las normas éticas), ellas se fundan en, y se ordenan a la realización de alguno o algunos de esos bienes humanos;⁴⁰ y en relación a los *derechos subjetivos* –en especial, los derechos subjetivos “humanos”– cumplen la tarea de justificar sus exigencias y proporcionar sus contenidos. Especialmente, en el caso de los “derechos humanos” estos bienes básicos aparecen como cumpliendo esos cometidos de modo inmediato y directo. Si, por ejemplo, nos remitimos al denominado “derecho a la vida”, se verá que su objeto y razón de ser es la preservación del bien básico de la vida humana; y si nos volvemos al derecho a la salud, aparecerá el bien de la salud (que Finnis incluye en una misma categoría junto al bien de la vida) como su contenido propio y razón justificatoria; y en lo que hace al derecho a constituir sociedades de diferentes niveles, aparecerá el bien humano de la sociabilidad-amistad como su fundamento directo; y así sucesivamente, de modo tal que puede decirse que no existe derecho huma-

³⁸ Tomás de Aquino, *De Veritate*, 21, a. 1. Acerca del sentido de este y otros textos similares, véase: Cardona, C., *La metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966.

³⁹ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 59-99.

⁴⁰ Gómez Lobo, A., *o.c.*, p. 84.

no –justificado racionalmente– que no se vincule constitutivamente con un bien humano básico.

Ahora bien, y luego de estos desarrollos, resulta necesario responder a una cuestión decisiva que, de hecho, ha derivado en numerosas polémicas: ¿Por qué toda esta ordenación racional al bien humano recibe la denominación de “derecho natural”. ¿Qué tiene esto que ver con la índole, modo de ser o condición propia del hombre? Una frase de John Finnis puede proporcionarnos una pista adecuada: en varios lugares de su obra, este autor sostiene que “si el hombre fuera de otro modo, sus bienes básicos serían distintos”;⁴¹ es decir, el modo de ser propio del hombre determina necesariamente cuáles son sus bienes humanos básicos. Dicho de otro modo: desde el punto de vista ontológico, la naturaleza humana tiene prioridad sobre los bienes, ya que los determina especificándolos.⁴² De esta manera, la vida es un bien humano básico porque el hombre es un viviente; el conocimiento lo es en razón de que el hombre es un ser cognoscente; la sociabilidad es un bien porque el hombre es naturalmente social; la familia también lo es porque el hombre es constitutivamente familiar, y así sucesivamente.⁴³

Otra cosa distinta es lo que sucede cuando se aborda la cuestión desde el punto de vista del conocimiento práctico-normativo; desde esta perspectiva, el punto de partida radica en las dimensiones centrales del bien humano, que son los objetos de las acciones humanas, a partir de las cuales se infieren la capacidades o facultades del hombre, que son las que hacen posible conocer su naturaleza

⁴¹ Finnis, J., “Natural Law and Unnatural Acts”, en *The Heythrop Journal*, N° 11/4, Oxford, 1970, p. 34. Sobre este texto, véase: Massini Correas, C.I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 76-87.

⁴² Finnis, J., “Is and Ought in Aquinas”, en *Collected Essays-I*, cit., p. 147.

⁴³ Véase, Massini Correas, C.I., “Sobre razón práctica y naturaleza en el ius-naturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis”, en AA.VV., *Ley moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Ed. J.B. Etcheverry, México, UNAM, 2013, pp. 13-30.

o modo de ser propio. Esto es lo que Finnis llama “principio epistemológico”, según el cual las acciones se conocen por sus objetos, las capacidades por las acciones que realizan y, finalmente, la naturaleza humana se reconoce a partir de esas capacidades.⁴⁴ Por esta razón es posible hablar del “derecho natural” que justifica los “derechos humanos”: porque desde el punto de vista ontológico, no del conocimiento sino del ser, la naturaleza humana es la raíz de las facultades del hombre, las que hacen posible sus acciones propias o praxis, las que a su vez se ordenan a la realización de los bienes humanos.

En definitiva, por la vía de los bienes humanos básicos, es posible conocer los objetos de los derechos humanos y justificar su vinculación –de fundamentación– con el derecho natural, que fuera reconocida por la Declaración francesa de 1789, en la que por dos veces se habla de los “derechos naturales del hombre”. Es bien sabido que esta explicación de esos derechos no es la única ni la más aceptada; de hecho, existen muy numerosos ensayos de explicación y fundamentación de los derechos humanos, con puntos de partida y resultados muy diversos y con niveles de argumentación y consistencia de irregular calidad.⁴⁵ Pero la exposición que se ha sintetizado más arriba, centrada en la idea de bienes humanos y de derecho natural, aparece como la más consistente, más completa y más acorde con los datos de la experiencia jurídica en esa materia.

VI. SOBRE LOS LLAMADOS “DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN”

Tal como se mencionó al comienzo de estas disquisiciones, hace no muchos años, concretamente durante los años setenta del pasado siglo, comenzó a difundirse la noción de los denominados “derechos de tercera generación”. El principal divulgador de la idea fue el

⁴⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 416.

⁴⁵ Véase: Massini Correas, C.I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

jurista checo Karel Vasak, Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, que en 1977 publicó un trabajo —que tuvo gran difusión— en el que sostenía la división de los derechos en generaciones y proponía la idea de una tercera generación, en la que se concretaran los derechos correspondientes al último término de la divisa de la Revolución Francesa: “Libertad, Igualdad, Fraternidad”. Por otra parte, estos derechos “de fraternidad”, estaban pensados como trascendiendo los ámbitos nacionales y planteaban exigencias de implementación de carácter transnacional y aún global.⁴⁶

En ese mismo sentido, el profesor español José Antonio Ramos Pascua describe que los derechos de tercera generación “son los que persiguen, no ya el valor de libertad, ni el de igualdad, sino el de solidaridad o fraternidad universal. Con estos derechos se quiere hacer efectivo por completo el ambicioso lema de la Revolución Francesa: *libertad, igualdad, fraternidad*. Los derechos de tercera generación son derechos de solidaridad, porque defienden intereses colectivos y su ejercicio requiere del esfuerzo conjunto de cada comunidad. También por su vocación internacionalista. Son derechos que responden a problemas y necesidades que desbordan las fronteras nacionales y afectan a todos los habitantes del planeta. Como ejemplos —concluye— de derechos de tercera generación podemos destacar el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo de los pueblos, etcétera”.⁴⁷

Ahora bien, estos recientemente propuestos “derechos de tercera generación” plantean a la filosofía del derecho algunas preguntas

⁴⁶ Vasek, K., “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, en *UNESCO Courier*, N° 30/11, Paris, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977. Véase también: Vasak, Karel, “Pour une troisième génération des droits de l’homme”, en *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*, Le Haye, Mouton, 1984.

⁴⁷ Ramos Pascua, J.A., *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, cit., pp. 91-92.

cruciales y de indispensable respuesta; algunas de ellas son las siguientes: estos derechos, ¿son propia y específicamente “derechos” subjetivos, dotados de todos los elementos que los caracterizan?; en relación con lo anterior; ¿pertenecen al ámbito de lo jurídico en sentido estricto, con todas las determinaciones que le son propias?; ¿la extensión que ellos suponen del lenguaje de los derechos, contribuye a su fortaleza y vigencia, o más bien a su empobrecimiento y banalización?; finalmente, ¿cuál es el motivo –y el objetivo– de la promoción y difusión de este *tertius genus* de los derechos humanos? Se responderá sucintamente a esas cuestiones en el orden en que han sido planteadas.

En primer lugar aparece la pregunta por el carácter de “derechos” en sentido estricto de los denominados “derechos de la tercera generación; en este sentido, resulta claro, luego de un análisis somero que los elementos de los derechos subjetivos enumerados por Gewirth, que estos elementos propios o bien no aparecen, o se presentan de un modo radicalmente difuso y altamente indeterminado. En efecto, la determinación –esencial para que pueda hablarse de “derechos”– de sus sujetos activos o titulares, de aquellos que son deudores de las prestaciones que son su contenido, del alcance y objetos de esas prestaciones y de la base justificatoria que los fundamenta, aparece inevitablemente como ambigua, difusa e imposible de determinar con un mínimo de precisión. Esto se da especialmente en el caso de los “deberes humanos”, sin los cuales los derechos no pueden pensarse, y es casualmente esa precisión una de las que resultan más necesarias para que pueda hablarse de derechos con un mínimo de propiedad.⁴⁸

En ese sentido, el jurista francés Robert Pelloux ha escrito con bastante claridad que “los nuevos derechos no corresponden a la

⁴⁸ Sobre el tema de los deberes como correlato necesario de los “derechos humanos”, véase: D’Agostino, F., “Los derechos y deberes del hombre”, en AA.VV., *Problemas actuales sobre derechos humanos*, Ed. J. Saldaña, México, UNAM, 2001, pp. 91-106.

noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre [...]. Su objeto es, con frecuencia, impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho al ambiente, del derecho al desarrollo [...]. Finalmente, su protección jurídica es imposible o muy difícil de asegurar, como consecuencia de la imprecisión de su titular y de su objeto”.⁴⁹

Pero no sólo se trata de que estos nuevos derechos no llenen los extremos necesarios para constituir un derecho subjetivo, sino que además su contenido y alcance se coloca fuera del ámbito de lo propiamente jurídico, es decir, de lo estrictamente debido en justicia y objetivamente determinable en el marco de la comunidad política. Es bien conocida la doctrina de la politicidad del derecho,⁵⁰ según la cual su ámbito propio es la comunidad política, su fin específico el bien común político y su tarea el establecimiento de las condiciones externas y sociales que faciliten, promuevan y hagan posible el logro de las dimensiones centrales de ese bien común.

Y esto se aplica tanto a los derechos meramente positivos, como a los humano-naturales: ambos se dan en el contexto de la comunidad política, su operación es exterior y social y su finalidad propia es el bien común político. Pero, y los sujetos individuales, ¿no son los titulares beneficiarios de los derechos humanos? Sí, en cuanto

⁴⁹ Pelloux, R., “Vrais et faux droits de l’homme. Problèmes de définition et de classification”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, N° 1981-1, Paris, 1981, pp. 67-68.

⁵⁰ Véase: Soaje Ramos, G., “Sobre la politicidad del derecho. El bien común político”, en AA.VV., *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Ed. S. Castaño & E. Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 15-45.

participan de la comunidad política, y los beneficios de la acción social se distribuyen entre los sujetos partícipes de esa comunidad. Pero fuera del marco de esa colectividad no hay posibilidades de coordinación de acciones, ni de distribución de bienes y servicios, ni de dirección eficaz –con la posibilidad de aseguramiento coercitivo– de la conducta en alteridad; es decir, de actividad jurídica propiamente dicha.⁵¹ En otras palabras: no existe la posibilidad –ni teórica, ni práctica– de garantizar jurídicamente la satisfacción de esos pretendidos “derechos”, por lo que quedan inexorablemente fuera del ámbito de lo jurídico, y no pueden, consiguientemente, denominarse “derechos”.⁵² Si es cierto que ellos pretenden –como se sostiene– alcanzar la “fraternidad” entre los hombres, es evidente que quedan automáticamente fuera del derecho, ya que la finalidad de este último no radica en esa pretendida fraternidad sino en la justicia, más pobre, ruda y esquemática, pero mucho más básica para el aseguramiento de la convivencia humana.⁵³

Y en lo que respecta a la pregunta referida a si el uso de esa categoría de derechos aseguraba y fortalecía, o bien debilitaba y banalizaba la vigencia y aceptación de la idea de “derechos humanos”, conviene recordar un texto de L.W. Sumner, en el que el pensador canadiense sostiene la idea de que

del mismo modo que la carrera armamentista, la retórica de los derechos está fuera de control. En las democracias liberales de Occidente, las cuestiones públicas, cualquiera que sea su naturaleza, están siendo percibidas crecientemente como un conflicto de derechos. En orden a permanecer competitivos en el mercado político, los grupos de intereses han debido recurrir a cada vez más exóticas reclamaciones de derechos [...]. La resultante inflación de la retóri-

⁵¹ Véase: Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho – I*, cit., pp. 35 ss.

⁵² Véase: Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 136.

⁵³ Véase: Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho – II – La justicia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 244-246.

ca amenaza con devaluar la noción de derechos. Si hemos de continuar tomándonos en serio los derechos, debemos imponer algún control sobre la proliferación de reclamaciones de derechos. Para este necesario control, es necesario un estándar que haga posible distinguir los derechos auténticos de los inauténticos.⁵⁴

Pero más allá de lo acertado de las opiniones de este autor, resulta indudable que la ampliación, prácticamente al infinito, de del “derechos” que se consideran “humanos”, conduce a una vaguedad del concepto según la cual prácticamente cualquier cosa puede quedar incluida en él. Pero un concepto tan vago es prácticamente inútil, ya que para su implementación en la vida política resulta necesaria una cierta determinación de los conceptos en juego; de lo contrario, no se sabrá de qué se está hablando, ni si lo que se sostiene es correcto o incorrecto.⁵⁵ Es más, “esa misma imprecisión en la que resulta sumido el concepto, hace más tentadora su utilización ideológica, es decir, su manipulación como instrumento demagógico, sectario y maniqueo al servicio de algún proyecto político determinado”.⁵⁶ Y es casualmente esta utilización ideológica la que más ha contribuido al descrédito, la banalización y el debilitamiento de la noción de derechos humanos.

Finalmente, y en lo que se refiere a la causa de esta proliferación de derechos “de tercera generación”, es posible sostener que ella radica en la tendencia del pensamiento ético, político y jurídico contemporáneo a pensar la totalidad de las exigencias práctico-normativas en térmi-

⁵⁴ Sumner, L.W., “Rights Denaturalized”, en AA.VV., *Utility and Rights*, Ed. R.G. Frey, Oxford, Basil Blackwell, 1985, p. 20. Por su parte, Ramos Pascua escribe: “El peligro evidente de esta tendencia a la desmesura es que terminen perdiendo fuerza y respeto incluso los derechos más básicos del ser humano, que tanto esfuerzo ha costado ver reconocidos y garantizados. Conviene, pues, moverse con prudencia y rigor a la hora de postular nuevos derechos”; Ramos Pascua, J.A., *o.c.*, p. 92.

⁵⁵ Cfr. Pereira Menaut, A.C., *En defensa de la Constitución*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 437-438.

⁵⁶ Massini Correas, C.I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., p. 177.

nos jurídicos, más concretamente, de derechos. En este sentido, Jürgen Habermas sostiene la tesis de que, a partir de la [supuesta] pérdida de fuerza moral del derecho natural-racional moderno, la única posibilidad de otorgar una cierta indisponibilidad a las exigencias éticas radica en su inclusión dentro de las categorías jurídicas; ésta le otorgarían la precisión, objetividad y fuerza que el pensamiento práctico-moral resulta incapaz –luego de la contemporánea difusión del escepticismo ético– de proveer de modo racionalmente justificado. “Después del desfondamiento del derecho racional –escribe Habermas– la racionalidad procedural, inherente al derecho positivo, constituye la única dimensión todavía disponible que permite asegurar al derecho un aspecto de indisponibilidad y una estructura sustraída a cualquier intervención contingente”.⁵⁷

Pero esta tendencia a pensar toda la ética social en los términos y conceptos de la categoría de “derechos”, no logra sino deformar la enorme riqueza del pensamiento ético, que se expresa a través de valores, ideales, normas, principios, virtudes, y también facultades. Y no es posible reducir todas las categorías de la sistemática ética sólo a la de derechos, ya que esto significa una súper-simplificación y empobrecimiento de sus elementos principales, con la consiguiente imposibilidad de pensar adecuadamente las diferentes dimensiones que presenta la experiencia práctico-moral. Se trata solamente de un caso más del reductivismo⁵⁸ que corrompe el pensamiento ético desde la modernidad hasta nuestros días y que diluye la filosofía práctica en un ejercicio monocorde, indiferenciado y monótono, que pretende la explicación imposible de una realidad plural, profusa y heterogénea.

En rigor, de lo que se trata en el caso de los denominados “derechos de tercera generación” es de ideales ético-políticos universales,

⁵⁷ Habermas, J., *Droit et Morale. Tanner Lectures (1986)*, Paris, Seuil, 1997, pp. 90-91.

⁵⁸ Sobre la noción de reductivismo, véase: Possenti, V., “Anima, mente, corpo e immortalità. La sfida del naturalismo”, en *Sapientia*, N° 229-230, Buenos Aires, 2011, pp. 69-76.

como la paz mundial, el desarrollo económico, o la autodeterminación de los pueblos, que deben buscarse a través de políticas internacionales que los promuevan y los protejan. Pero es claro que el incluir esos ideales en la categoría de los derechos humanos –a la que constitutivamente no pertenecen– no es un instrumento idóneo para su desarrollo o realización, aunque sea siempre incompleta e inacabada. Algunos autores,⁵⁹ sostienen que solo es cuestión de esperar algún tiempo para que se alcance su implementación efectiva de esos ideales en cuanto derechos; pero, en rigor, se trata de aspiraciones o anhelos que pertenecen intrínsecamente a una categoría distinta de la de derechos y no es posible, ni deseable, incluirlos en ella violentando las reglas de la lógica.

VII. CONCLUSIÓN SOBRE FUNDAMENTOS

Luego de las argumentaciones precedentes, es posible arribar a una conclusión fundamental, que explica en gran medida los desencuentros que registran la historia y la contemporaneidad del pensamiento acerca de los derechos humanos, algunos de los cuales se han tratado en las páginas anteriores. Este corolario puede resumirse en una frase de Janne Matlary: “los derechos humanos son un concepto de derecho natural: requieren y presuponen una naturaleza humana común en términos de la misma dignidad y la misma igualdad [...]; constituyen un conjunto que refleja la visión de la naturaleza humana que puede conocerse mediante el sentido común y la razón. Pero si se niega el concepto de naturaleza humana, no hay bases para estos derechos humanos, que se convierten en meros asuntos ideológicos y partidistas”.⁶⁰ En este párrafo sería conveniente agregar una referencia al bien –y a los bienes– humano(s), fundamental para

⁵⁹ Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 160-165.

⁶⁰ Matlary, J.H., *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*, trad. M.J. García González, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2008, pp. 247-250.

una concepción práctica de esos derechos, pero en cualquier caso, el núcleo de la cuestión está bien definido: la negación escéptica y relativista –todo relativismo es necesariamente un escepticismo– de la existencia de ciertos bienes cognoscibles objetivamente, que se corresponden con las dimensiones centrales de la naturaleza humana, no puede comprender, ni explicar, ni justificar, el sentido de los derechos humanos.

En efecto, desde la perspectiva del escepticismo hodierno, entendido principalmente como sospecha universal, resulta imposible justificar la igualdad humana, las razones de la titularidad de los derechos, el contenido de las facultades jurídicas, las razones de la exigibilidad de los derechos humanos, y en rigor, nada de lo referente a esos derechos. Y por ello, tal como lo sostiene Mary Ann Glendon,

si los derechos humanos no pueden defenderse sobre una base filosófica sólida, entonces se deja la puerta abierta para la manipulación y la deconstrucción que no tienen fin. Las esperanzas que ellos representan –concluye– [...]se disuelven entre poderes políticos. Y el mero poder se convierte en derecho.⁶¹

Dicho en pocas palabras: para que sea posible pensar, justificar, hablar e implementar los derechos humanos resulta imprescindible reconocer la existencia y cognoscibilidad de un modo humano de existir y de los bienes que intrínsecamente le corresponden, de modo tal que la razón humana pueda objetivamente pensar y explicitar la justificación, contenido, alcance, titulares y sentido de esos derechos. De lo contrario, si todo lo referido al hombre resulta relativo e incognoscible, toda acción humana, aún la más depravada, valdrá exactamente igual que su contraria y el destino del hombre quedará librado al nudo poder de los más fuertes o a las ensoñaciones utópicas enarboladas en los llamados “derechos de tercera generación”.

⁶¹ Glendon, M.A., “Prefacio”, en Matlary, J.H., *o.c.*, p. 19. El título original del libro es “When Might Becomes Human Right”.

¿EXISTIÓ UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?

RICARDO MARÍN MACÍAS¹

RESUMEN: Este artículo explica si existió o no un Tribunal Constitucional en México a partir de los órganos y las funciones de control de la constitucionalidad que tuvieron vigencia en el país; la investigación abarca a las seis Constituciones históricas, incluyendo a la original de 1917 y sus principales reformas constitucionales de 1988, 1995 y 2011.

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, reformas judiciales, antecedentes, Supremo Poder Conservador.*

ABSTRACT: This article resolves if it existed or not a Constitutional Tribunal in Mexico according to the government body and functions related with constitutional review that had validity in the country; the research studies the six historical Constitutions, including the original one of 1917, and his principal constitutional reforms of 1988, 1995 and 2011.

KEY WORDS: *Constitutional Tribunal, Supreme Court of Justice of Mexico, judicial reforms, background, Supreme Custodian Power.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Marco conceptual; III. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; IV. Las Siete leyes constitucionales de 1835–1836; V. El Supremo Poder Conservador; VI. Bases Orgánicas de los Estados Unidos Mexicanos de 1843; VII. Acta constitutiva y de reformas de 1847; VIII. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857; IX. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917; X. Reforma constitucional del Poder Judicial de la Federación de 1988; XI. Reforma constitucional del Poder Judicial de la Federación de 1995; XII. La Décima Época; XIII. Conclusiones; XIV. Fuentes.

¹ Estudiante de la maestría en Derecho en el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por el apoyo como becario del Programa de Maestría en Derecho de la UNAM.

Las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal, de excesivo anticipo o de excesivo retraso respecto al desenvolvimiento de las circunstancias.

MAURO CAPPELLETTI

1. INTRODUCCIÓN

A partir de 1988 se instaló un debate en México sobre la naturaleza jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debate que a pesar del transcurso de los años y las reformas judiciales sigue vigente.

Este debate de actualidad se ha extendido hacia uno de carácter histórico para dilucidar si alguna vez se registró en la vida institucional de México un tribunal constitucional.

El objetivo de este trabajo es conocer si existen o no antecedentes en México de un tribunal constitucional, se señalarán los puntos de inflexión que hubo en el diseño del poder judicial federal, y en específico de sus tribunales terminales, desde un enfoque histórico-constitucional; a fin de entender la relación entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales constitucionales.

El tribunal constitucional es el último eslabón de una cadena histórica sobre el control del poder que se construyó a base de prueba y error. Por tanto, *para su estudio histórico se debe hacer una separación entre el órgano y la función de control de la constitucionalidad.*

De ahí que, al investigar los antecedentes históricos del tribunal constitucional se debe aludir a los conceptos, teorías, principios e instituciones que funcionan como sus presupuestos básicos, ya sean orgánicos o funcionales, por ejemplo: el control de regularidad, anulación e inaplicación de la ley, independencia judicial, supremacía constitucional y las cortes superiores.

Los antecedentes del tribunal constitucional en México se exponen a través de las diversas Constituciones Generales que tuvieron vigencia. Hay que hacer notar que de todas las Constituciones de

los Estados Unidos Mexicanos, sólo una se gestó en el siglo pasado, mientras que el resto de las Constituciones fueron del siglo XIX.²

II. MARCO CONCEPTUAL

El tribunal constitucional es la instancia jurisdiccional de un Estado que, de modo excluyente, determina la constitucionalidad de normas, actos y omisiones de las autoridades. Sus características son las siguientes:

- 1) Colegiado: debe estar conformado por un grupo de personas, pero el número preciso de juristas que lo integran se adecua a las circunstancias de cada Estado.³
- 2) Unicidad: es un órgano *excluyente* o concentrado porque descarta a los demás tribunales de conocer el control de la constitucionalidad.
- 3) Especializado: es *exclusivo*, porque sus atribuciones están plenamente delimitadas al control de la constitucionalidad, aunque como excepción puede abarcar la determinación de la responsabilidad de altos funcionarios del Estado.⁴
- 4) Jurisdiccional: única instancia que está facultada para resolver a través de un proceso el fondo y la forma de los litigios.⁵

² Cfr. Secretaría de Gobernación, *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, 2006, p. 15.

³ Cfr. Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015], p. 57.

⁴ Cfr. Miguel Covián Andrade, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIP, 2005, pp. 79 y ss.

⁵ *Idem.*

- 5) Está integrado por especialistas en el control de la constitucionalidad debido a que su tarea es eminentemente técnico-constitucional. Cabe mencionar que existe una polémica sobre la elección de jueces de carrera, académicos o una combinación de ambos para su integración.⁶
- 6) Autónomo e independiente a cualquier otro poder, incluyendo al judicial, por lo que cuenta con atribuciones para dictar y ejecutar sus fallos.
- 7) Es un poder constituido, de tal suerte que reúne las características de ser permanente, limitado, derivado y constitucional (en contraposición a los órganos secundarios que son legales).
- 8) Sus procedimientos se guían por el principio de publicidad.
- 9) La designación democrática de sus integrantes: no se atribuye a un solo cuerpo político, sino que deriva de un poder real de nombramiento por parte de los órganos estatales, a fin de asegurar un equilibrio constitucional y el control efectivo.⁷

Hay que destacar que ningún órgano o persona física que ejerce el control de la constitucionalidad está exento de crítica: ya sea el poder legislativo, ejecutivo o judicial. Por lo que se refiere al tribunal constitucional, Carl Schmitt formuló las críticas más recalci-trantes contra esta institución en el debate que sostuvo con Hans Kelsen a través de sus respectivas publicaciones.⁸ A continuación se exponen las principales críticas de Schmitt, con la respectiva réplica de Kelsen.

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁸ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, España, Tecnos, 1983; y Hans Kelsen, *op. cit.*

En primer lugar, se sostiene que el tribunal constitucional es incompatible con la soberanía del Parlamento. Sobre este argumento, H. Kelsen aclara: la soberanía reside en el Estado, en todos sus órganos. El único que concentra la soberanía, y de forma temporal, es el Poder Constituyente. El parlamento, al ser un poder constituido (al igual que el tribunal constitucional), es tan soberano como el resto de los órganos estatales.⁹

En segundo lugar, según la crítica en contra del tribunal constitucional, éste transgrede el principio de división de poderes. Se argumenta una supuesta tensión teórica entre la división de poderes y el control de la constitucionalidad dado que éste permite la intromisión en las competencias de otros poderes del Estado; por lo que atenta contra de la división de poderes.

Sin embargo, esta premisa parte de una incorrecta comprensión de dicho principio, pues no debe entenderse como una separación tajante de poderes si se atiende al hecho de que todos los órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) realizan todas las funciones; “plantear la idea de la división de poderes separando los órganos del Estado de un modo definitivo e irreconciliable, es algo completamente alejado de la realidad histórica y de la misma doctrina política.”¹⁰

De hecho, la división de poderes, junto con la supremacía y rigidez constitucional, es presupuesto del control de la constitucionalidad, cuyo propósito es garantizarlo, no contradecirlo.

El límite de todos los poderes, sin excepción, es la Constitución. En este contexto, el tribunal constitucional no invade las funciones del poder legislativo, más bien las limita. Huelga decir que un órgano legítimo de control de la constitucionalidad divide aún más el poder, no lo centraliza.

⁹ Cfr. Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰ Lorenzo Córdova Vianello, “El sistema presidencial en México. Orígenes y Razones” en Miguel Carbonell (dir.), *Ensayos sobre Presidencialismo Mexicano*, México, Aldus, 1994, p. 10.

En tercer lugar, Schmitt afirma que el tribunal constitucional sólo propicia la politización de la jurisdicción, por lo que las consideraciones políticas dominan todas las decisiones de anulación de las leyes. Por el contrario, la actuación del tribunal constitucional está determinada por la propia Constitución, su naturaleza jurídica no la convierte en un objeto apolítico, pero sí apartidista.

También sería iluso pensar que se pueden resolver todos los conflictos políticos en los tribunales; sin embargo, sí se pueden resolver los de mayor incidencia para la sociedad. Lo más importante es que el tribunal constitucional ofrece un proceso racional¹¹ de toma de decisiones, la deliberación y confrontación de ideas de forma pública a través de la lógica y de la argumentación jurídicas, lo que redundaría en la legitimidad de la decisión.

En cuarto lugar, se critica que las decisiones del tribunal constitucional son irrecurribles por lo que se convierten en “dogmas”. La réplica es: si bien la resolución de una cuestión de constitucionalidad por parte del tribunal es cosa juzgada, atiende a una cuestión lógica que es evitar el “espiral infinito” de impugnaciones.

En este sentido, las decisiones de la única instancia no pueden ser atacadas por una razón de Estado, pero la diferencia es el camino para llegar a dicha decisión, el cual debe ser fundado y *motivado*. Esto no implica que esa decisión quede estática, sino que puede cambiar a raíz de un nuevo planteamiento (que puede ser abstracto), con la debida motivación.

En quinto lugar, se argumenta que la instauración de un tribunal constitucional favorece un órgano libre de todo control de la constitucionalidad. Es decir, el órgano de control carece de control alguno y esto rompe el equilibrio del Estado constitucional. Según

¹¹ Lo irracional significa “quedarse en el mundo particular”, mientras que lo racional se refiere a estar “dentro de la unidad y comunidad de la razón”. Véase Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 2007, p. 36.

Schmitt, se abandona el “despotismo del legislador” para entrar a la era de la “arbitrariedad de los jueces” o “aristocracia de la toga”.

Ante esta presunta aporía, Kelsen atina a responder que, en principio, el tribunal constitucional no puede invadir competencias de otros poderes sencillamente porque no se le encomiendan tareas de gobierno o de legislación. Esto es cierto, siempre y cuando se trate de un órgano exclusivo y excluyente.

Si se acotan las competencias del tribunal constitucional, se evita crear otro órgano que revise al de control; claro está que eso requiere de una depurada técnica constitucional. Así, las funciones de un tribunal constitucional deben limitarse a:

- Revisar las normas, declararlas inconstitucionales en su caso, eliminarlas del ordenamiento jurídico y señalar qué se va a aplicar, en cualquier área del Estado.
- Verificar el procedimiento legislativo y las reformas a la Constitución.
- Fijar el sentido y alcance del contenido de las normas constitucionales.
- La composición de conflictos entre órganos del Estado y órdenes de gobierno.
- Atender las acusaciones contra altos servidores públicos.
- Examinar la constitucionalidad de los partidos políticos.

En definitiva, la tarea de un tribunal constitucional es, precisamente, construir los límites, sentido y alcances de los principios constitucionales. No puede suprimirlos, pero debe y puede explicarlos.

III. CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1824

Después de que México obtuvo su independencia en 1821, se instauró el primer imperio mexicano, y se elaboró el *Reglamento Provi-*

sional Político del Imperio Mexicano. Sin embargo, éste nunca entró en vigor puesto que dicho documento se publicó el mismo mes en el que Agustín de Iturbide abdicó (marzo de 1823).¹²

Por tanto, la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* fue la primera de México como país independiente. Funcionó del 4 de octubre de 1824 hasta el 15 de diciembre de 1835.

En ella se establecieron varios mecanismos de defensa de la Constitución, por ejemplo, la división de poderes en el artículo 6º y la tutela del cumplimiento de la Constitución, a cargo del Consejo de Gobierno en el artículo 116, aunque no estableció procedimientos para el caso de incumplimiento.

El máximo órgano jurisdiccional se denominó Corte Suprema de Justicia. Ésta se compuso por once Ministros y un fiscal (artículo 124 constitucional) y, de acuerdo con la lógica federalista, la integración de este órgano se descentralizó, puesto que los Ministros eran elegidos por las legislaturas de los Estados por mayoría absoluta de votos (26 entidades territoriales en aquel entonces), conforme al artículo 127.¹³

Cabe destacar la configuración singular de un tribunal para juzgar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia, dispuesto en el artículo 139.

Art. 139. Para juzgar á los individuos de la corte suprema de justicia, elegirá la cámara de diputados, votando por estados en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio, veinte y cuatro individuos, que no sean del Congreso general y que tengan las cualidades que los Ministros de dicha corte suprema: de estos se sacarán por suerte un fiscal y un número de jueces igual á aquel de que conste

¹² *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit., p. 57.

¹³ “Art. 127. La elección de los individuos de la corte suprema de justicia será en un mismo día por las legislaturas de los estados á mayoría absoluta de votos.” *Ibidem*, p. 120. Las citas de los artículos aparecen conforme al texto original del siglo XIX.

la primera sala de la corte; y cuando fuere necesario, procederá la misma cámara, y en sus recesos el consejo de gobierno, á sacar del mismo modo los jueces de las otras salas.¹⁴

Mientras que en el artículo 137, fracción I constitucional se instituyó un antecedente discreto de la controversia constitucional entre las atribuciones de la Corte Suprema, como una forma de control de federalidad. Además,

dicha carta federal confirió a la Suprema Corte (de acuerdo con el artículo 137, fracción V, inciso sexto) la facultad de conocer de las violaciones a la Constitución y las leyes federales [...] pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo careció de aplicación.¹⁵

La Constitución de 1824 no instituyó un tribunal constitucional. La ausencia es entendible dado que la propia doctrina sobre el control de la constitucionalidad aún se estaba forjando (hasta la segunda mitad del siglo XIX se introdujeron en Europa órganos concentrados con carácter judicial). Por otra parte, la prioridad de los constituyentes de 1824 fue asegurar la independencia de México, así como la forma de Estado y de Gobierno; es decir, primero se debía alcanzar un acuerdo sobre los temas básicos para un país naciente.

IV. LAS SIETE LEYES CONSTITUCIONALES DE 1835–1836

La segunda Constitución del Estado Mexicano fueron las *Leyes constitucionales*. Se les llama así porque “en lugar de confeccionar una nueva ley fundamental, se prefirió expedir leyes constitucionales. La

¹⁴ *Ibidem*, p. 122.

¹⁵ Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 820–821.

primera ley fue promulgada el 15 de diciembre de 1835 y [...] las seis leyes restantes fueron aprobadas el 9 de diciembre de 1836”.¹⁶

Esto se debió a las circunstancias políticas, puesto que los conservadores reunieron la suficiente fuerza política en el año de 1835 para “autoproclamarse” como Congreso Constituyente.

[U]no de los principales propósitos del Congreso sería dar un giro a la forma de Estado de nuestra nación [...] se señaló en el decreto del 2 de mayo de 1835, que en el Congreso residían, por voluntad de la nación, todas las facultades extraconstitucionales necesarias para hacer, a la Constitución de 1824, alteraciones que creyeran conveniente; o sea, se estaba proclamando un Congreso Constituyente.¹⁷

V. EL SUPREMO PODER CONSERVADOR

La segunda ley constitucional de 1836 instituyó al Supremo Poder Conservador. Su nombre derivó de su función, que era *conservar* las Siete leyes constitucionales. Era el cuarto poder encargado de vigilar la actuación del legislativo, ejecutivo y judicial. Se constituyó en mayo de 1837, y se suprimió en septiembre de 1841 por el Plan de Tacubaya.¹⁸

El Supremo Poder Conservador es el primer antecedente en México de un órgano de control de la constitucionalidad. Pero no fue un órgano exclusivo porque tenía otras atribuciones aparte del control de la constitucionalidad (artículo 12 de la segunda ley constitucional).

Tampoco fue un poder excluyente. El artículo 5° de la séptima ley constitucional atribuyó de forma simultánea al Congreso Gene-

¹⁶ Enrique Quiroz Acosta, *Teoría de la Constitución*, 3ª ed., México, Porrúa, 2005, p. 300.

¹⁷ *Ibidem*, p. 299.

¹⁸ Cfr. Raúl Pérez Johnston, *El Supremo poder conservador y su sentencia de muerte: la ley sobre ladrones del 13 de marzo de 1840*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2556/22.pdf>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015], p. 438.

ral la resolución de las dudas sobre artículos constitucionales,¹⁹ por lo que también tenía atribuciones de control de la constitucionalidad. Esto tuvo varias repercusiones, puesto que con esta disposición constitucional el Supremo Poder Conservador perdió la calidad de órgano concentrado, y por ende excluyente; de hecho, generó una duplicidad de funciones que terminó en un conflicto entre los poderes.

Actuó por vía directa a petición de parte —reservado a órganos originarios del Estado en el artículo 12, fracciones I, II y III de la segunda ley constitucional—, su objeto de control eran las leyes y actos inconstitucionales del legislativo, ejecutivo y judicial, pero no contempló el control de las omisiones legislativas (artículo 12, fracciones I y II de la ley constitucional citada).

Sus sentencias tuvieron efectos declarativos de nulidad absoluta, según las fracciones I, II, y III del mismo artículo y ley constitucional citados. Además, tuvo la atribución político-electoral de calificar los comicios de los senadores.

Se conformó por cinco personas y era renovado cada dos años de manera escalonada. Cabe mencionar que el procedimiento de integración daba cabida a las legislaturas para postular candidatos; sin embargo, de acuerdo con la forma de Estado en esa época, la decisión final se centralizó en la Cámara de Diputados (artículo 3° de la segunda ley constitucional).

El Supremo Poder Conservador no fue un tribunal constitucional, porque la naturaleza de este órgano era política. Primero, porque sus integrantes debían haber desempeñado el cargo de presidente de la República, vicepresidente de la República, senador, diputado, secretario de despacho o magistrado de la Suprema Corte, según el artículo 10, fracción III, de la segunda ley constitucional. Segundo, porque existió un desequilibrio constitucional en su procedimien-

¹⁹ “Art. 5. Sólo al Congreso general toca resolver las dudas de artículos constitucionales.” *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, p. 179.

to de integración; y, tercero, porque sus resoluciones sólo tenían efectos declarativos, según el artículo 12, fracciones I, II y III de la citada ley.

Los términos en los que ocurrió su crisis institucional son los siguientes:²⁰ Anastasio Bustamante, en su último ciclo como presidente de México, emitió el decreto del 5 de octubre de 1839 dirigido a la comandancia militar de Puebla, para extender la jurisdicción militar a los delitos de robo cometidos por civiles, como una medida para contrarrestar la delincuencia y la violencia exacerbadas.

La Alta Corte (el máximo tribunal dentro de la esfera judicial) excitó al Supremo Poder Conservador para que se manifestara al respecto, por lo que éste declaró la inconstitucionalidad del decreto. Ante esto, el Presidente anuló *motu proprio* su decreto, desatendiendo el orden constitucional y, por si fuera poco, presentó el contenido de ese decreto ante el Congreso General como la iniciativa de ley sobre ladrones el 13 de marzo de 1840, en un intento burdo del Ejecutivo para ejercer poderes de excepción a través de una ley marcial.

La ley se aprobó en marzo de 1840. El ámbito material de aplicación era penal, el ámbito espacial se extendió a toda la República mexicana y el ámbito personal se circunscribió a los ladrones, excepto a los carteristas y a los que cometieran robos de cuantía menor sin violencia. El Supremo Poder Conservador anuló los artículos 1º, 5º y 7º de dicha ley, por ser contrarios a las normas constitucionales al regular tribunales especiales, no cumplir con el proceso legislativo y ordenar a los jueces a desempeñarse como asesores del tribunal militar. Transcurrieron dos meses entre la publicación de la ley de ladrones y su declaración de inconstitucionalidad por parte del Conservador.

Sin embargo, Anastasio Bustamante no sólo se negó a acatar el fallo del Supremo Poder Conservador, sino que emitió una circular para ordenar la aplicación de la ley de ladrones –lo cual implicaba

²⁰ Véase Raúl Pérez Johnston, *op. cit.*, pp. 443 y ss.

alta traición conforme al artículo 15 de la segunda ley constitucional—,²¹ incluso rebatió el dictamen; aunque esta atribución sólo la concedía el artículo citado cuando dicha resolución fuera sin arreglo a las disposiciones constitucionales. Así las cosas, el presidente reviró dos falacias: que la resolución del Supremo Poder Conservador fue extemporánea, y que no manifestaba la voluntad del órgano colegiado.

Ante esta situación de crisis constitucional, desafortunadamente el Supremo Poder Conservador cayó en la mecánica del Ejecutivo y sin ningún fundamento constitucional le rebatió al presidente, en lugar de ordenar el cumplimiento del fallo.

Así las cosas, el Supremo Poder Conservador contraargumentó que la resolución se formuló en tiempo y forma puesto que el término se contó por meses completos y éste empezó a correr al día siguiente de la sanción de la ley inconstitucional y, además, la Segunda Ley Constitucional sólo exigía tres votos de sus integrantes para que tuviera efectos el dictamen (la resolución del Conservador se decidió por cuatro votos en favor de la inconstitucionalidad de la referida ley).²²

Todas las actuaciones del Supremo Poder Conservador que fueron posteriores al incumplimiento de la sentencia por parte del Ejecutivo fueron lógicamente inconstitucionales, lo que reflejó una grave contradicción con la finalidad de esa institución.

El Supremo Poder Conservador no ordenó el incumplimiento porque estaba ante una aporía: no tenía medios para obligar a Anastasio Bustamante a acatar la resolución de la discordia y, de afirmar

²¹ “Art. 15. Toda declaración y disposición de dicho Supremo Poder Conservador dada con arreglo á las disposiciones precedentes, y citando la respectiva, debe ser obedecida al momento y sin réplica por todas las personas á quien se dirija y corresponda la ejecución.

La formal desobediencia se tendrá por crimen de alta traición.” *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, p. 143.

²² Raúl Pérez Johnston, *op. cit.*, p. 453.

el incumplimiento del ejecutivo, automáticamente lo acusaba de traición a la patria y arrastraba al país a otro levantamiento armado.

La Alta Corte de Justicia apoyó al Conservador puesto que se rehusó a aplicar la ley de ladrones, pero el Congreso apoyó incondicionalmente al ejecutivo en un acto de subordinación rapaz. En estas circunstancias, Anastasio Bustamante envió el 5 de junio de 1840 la iniciativa de la Ley Orgánica del Supremo Poder Conservador al Congreso General, para delimitar las atribuciones del cuarto poder. De esta forma, “el Legislativo se habría convertido en una segunda instancia no autorizada constitucionalmente de las sentencias del Conservador”.²³

[E]l Conservador no pudo ejercer su alta misión constitucional, entre otras causas, porque las autoridades del momento no estaban conscientes del valor de un defensor de la Constitución y nada querían saber de controles al ejercicio de sus esferas de poder; situación en la que el Conservador estaba llamado a fracasar, indefenso ante la fuerza fáctica de la milicia en el poder [...] ante un Poder Ejecutivo que tuvo la fuerza institucional de las armas para sobreponerse a la contienda, y así, destruidos los medios de control, el poder absoluto afloró e hizo evidente el fracaso del sistema constitucional de las Siete Leyes.²⁴

Las causas de su fracaso institucional fueron “la falta de atribuciones para poder hacer cumplir sus resoluciones, así como el que todavía quedara el Congreso facultado para dirimir dudas sobre interpretación de la Constitución”.²⁵ En pocas palabras, un poder del Estado que no tiene atribuciones para hacer cumplir sus resoluciones es inexistente puesto que el cumplimiento de sus decisiones depende de la buena voluntad de los afectados.

²³ *Ibidem*, p. 466.

²⁴ *Ibidem*, p. 474.

²⁵ *Ibidem*, p. 467.

VI. BASES ORGÁNICAS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1843

El hundimiento del sistema constitucional de 1836, que derivó del conflicto entre los cuatro poderes, inició una etapa de desorden constitucional que coincidió con el movimiento separatista en Yucatán. Esta entidad territorial promulgó la *Carta del Estado mexicano de Yucatán* el 16 de mayo de 1841, que estuvo en vigor durante nueve años y cuyo autor intelectual fue Manuel Crescencio Rejón.

Este documento fue el primero, no sólo en México, sino en América Latina, en incorporar al sistema jurídico un control de la constitucionalidad de carácter judicial y difuso; a través de un proceso denominado *amparo*, singular síntesis del control de la constitucionalidad y legalidad y, a la vez, instrumento para tutelar los derechos fundamentales. Se estableció en los artículos 8, 9 y 62 de la Constitución yucateca.²⁶

²⁶ *Constitución Política del Estado de Yucatán de 1841*, disponible en: <<http://www.pdi.uady.mx/docs/evid02/6.%20Accin/COMPILACIONES/COMPILA%20AMPARO%20II%20PDF/constitucoin%201841.pdf>>. [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015], pp. 4, 5 y 13:

Artículo 8.—Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior, a los que les pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo brevemente y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados.

Artículo 9.—De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferencia de que se ha hablado en el artículo precedente; remediando desde luego el mal que les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conciliador de las mencionadas garantías.

Artículo 62.—Corresponde a este tribunal reunido: [Corte Suprema de Justicia del Estado de Yucatán]

1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiesen infringido el código fundamental en los términos expresados, limitán-

Cabe agregar que, en este Ordenamiento Fundamental yucateco no es posible vislumbrar algún antecedente orgánico del tribunal constitucional, por el contrario, la inclusión del amparo excluía la posibilidad de un órgano concentrado de control de la constitucionalidad.

En 1842, los liberales intentaron restaurar el proyecto federal de la Constitución de 1824 y convocaron a un Congreso Constituyente. Sin embargo, la reacción de los conservadores fue disolver dicho Congreso en el momento en el que observaron que el proyecto no respondía a la forma de Estado unitario, y en contraposición promulgaron las *Bases Orgánicas de los Estados Unidos Mexicanos* el 14 de junio de 1843, la cual tuvo una vigencia efímera de tres años en medio de levantamientos militares y conatos de intervención extranjera. Se eliminó el Supremo Poder Conservador, así como cualquier atisbo de un tribunal constitucional autónomo a los tres poderes tradicionales.

En esta Constitución, la Suprema Corte de Justicia nuevamente se conformó por once ministros y un fiscal, según el artículo 116. En materia de control jurisdiccional de la constitucionalidad, el artículo 118, fracción XII, de las Bases Orgánicas, facultó a la Suprema Corte para resolver los recursos de nulidad interpuestos contra las sentencias de los tribunales locales, aunque no aclara el parámetro de confrontación de dicho recurso.²⁷

dose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada.

²⁷ “118. Son facultades de la Corte Suprema de Justicia: [...] XII. Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contras las sentencias dadas en última instancia por los tribunales superiores de los departamentos. Mas si conviniere á la parte, podrá interponer el recurso ante el tribunal del departamento mas inmediato, siendo colegiado.” *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, p. 206.

VII. ACTA CONSTITUTIVA Y DE REFORMAS DE 1847

En 1847, durante la guerra de intervención estadounidense y con la mitad del territorio nacional ocupado, los liberales convocaron a un congreso extraordinario constituyente, nuevamente con la finalidad de reinstaurar la Constitución de 1824. En este contexto, el constituyente Mariano Otero formuló un voto particular respecto del dictamen de la mayoría del Congreso extraordinario de 1847.²⁸

Otero estaba en favor de la reinstauración de la Constitución de 1824, pero con las modificaciones pertinentes para su cabal cumplimiento. Con base en *La democracia en América*, de Alexis de Tocqueville y las ideas de Manuel Crescencio Rejón instituidas en la Constitución yucateca de 1841, el jurista jalisciense propuso en el artículo 19 de su proyecto de Acta de reformas la incorporación del amparo en la Constitución Federal.

Además, en el artículo 16 de su proyecto de acta de reformas planteó que la mayoría de las Legislaturas de los estados tuvieran la facultad de decidir la constitucionalidad de las normas expedidas por el Congreso General, es decir, propuso la acción de inconstitucionalidad;²⁹ esta iniciativa estaba en completa concordancia con la

²⁸ Cfr. Mariano Otero, “Voto particular de Mariano Otero (5 de abril de 1847)”, en *La Suprema Corte de Justicia sus leyes y sus hombres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985, pp. 127–141.

²⁹ *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit., p. 229:

La propuesta de acción de inconstitucionalidad se aprobó con cambios específicos, y se estableció en el artículo 23 del Acta constitutiva y de reformas con la siguiente redacción: “Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anti-constitucional, ó por el Presidente, de acuerdo a su ministerio, ó por diez diputados, ó seis Senadores, ó tres Legislaturas, la suprema corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al escámen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán á la suprema corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas. [sic]

teoría del federalismo, en virtud de que son las entidades federativas las que crean a la Federación.

El 18 de mayo de 1847 se expidió el *Acta constitutiva y de reformas*. Las principales modificaciones a la Constitución de 1824 fueron la incorporación de un capítulo de derechos fundamentales, la eliminación de la vicepresidencia de la República y la integración de la Suprema Corte de Justicia por elección popular.

Al final, se aprobó la constitucionalización del proceso de amparo con la cláusula de relatividad de las sentencias y se cristalizó en el artículo 25 del Acta de reformas.³⁰ Aunque el amparo fue una contribución de la periferia hacia el centro, este medio de control de la constitucionalidad enfrentó muchas críticas y obstáculos durante el siglo XIX, puesto que su federalización implicó que el Poder Judicial de la Federación podía contrarrestar las decisiones de las autoridades federales y locales.³¹ Si bien careció de reglamentación hasta 1861, esto no impidió su aplicación intermitente, como lo demuestra la primera emisión de una sentencia de amparo en el año de 1849.³²

El Acta constitutiva y de reformas no instituyó ningún órgano homólogo a un tribunal constitucional, por el contrario, se decantó por un sistema de control con órganos difusos, entre otros motivos,

³⁰ “Art. 25. Los tribunales de la Federación ampararán á cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare.” *Idem*.

³¹ *Cfr.* José Antonio Caballero, “De la marginalidad a los reflectores. El renacimiento de la administración de justicia en México” en Ilán Bizberg y Lorenzo Meyer (coords.), *Una historia Contemporánea de México: Las instituciones*, México, Océano/El Colegio de México, 2008, t. 3, p. 164.

³² *Cfr.* Enrique Arizpe Narro, *La primera sentencia de amparo*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 50.

porque en ese entonces aún era reciente el recuerdo del Supremo Poder Conservador, que representó el fracaso de un cuarto poder en México.

Así las cosas, mientras los políticos mexicanos hicieron política, los políticos estadounidenses hicieron la guerra y “el 14 de septiembre de 1847 fue izada la bandera de los Estados Unidos en el Palacio Nacional de México, mientras el gobierno derrotado se instala en Querétaro”.³³

La Constitución de 1847 continuó en vigor al finalizar la guerra y aun después de la firma de los Tratados de Guadalupe Hidalgo, pero tuvo que lidiar con el regreso de Antonio López de Santa Anna quien en 1853 expidió las *Bases para la administración de la República, hasta la promulgación de la Constitución*, de carácter transitorias porque la revolución de Ayutla terminó con la dictadura de Santa Anna en 1855.³⁴ “Entre 1821 y 1850 reinó la inquietud en todos los órdenes. En treinta años hubo cincuenta gobiernos, casi todos producto del cuartelazo; once de ellos presididos por el general Santa Anna.”³⁵

VIII. CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1857

La *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* del 12 de febrero de 1857 fue la quinta Constitución del México independiente. En este sistema constitucional, la Suprema Corte de Justicia se integró por once Ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general.

De esta forma, el procurador general salió de la esfera del ejecutivo y se adjuntó a la rama del poder judicial. El procedimiento de

³³ Daniel Cosío Villegas *et al.*, *Historia Mínima de México*, México, El Colegio de México, 1983, p. 101.

³⁴ *Cfr. Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, p. 235.

³⁵ Cosío Villegas, Daniel, *et al.*, *op. cit.*, p. 102.

integración de la Suprema Corte se estableció por elección indirecta, según el artículo 92 constitucional.³⁶ La elección indirecta en el siglo XIX

consistía en un conjunto sucesivo de elecciones en las cuales un grupo de “ciudadanos” eligen a otros de mayor ilustración llamados “compromisarios”. Éstos a su vez eligen a otros ciudadanos de mayores luces llamados electores secundarios quienes finalmente eligen a las personas que ocuparán los puestos.³⁷

En relación con la defensa de la Constitución, la de 1857 mostró avances conforme al título IV que reguló la responsabilidad de los servidores públicos. Por otra parte, la subsistencia del amparo en la Constitución se estableció en el artículo 101.

No obstante lo anterior, en esta Constitución no se encuentra alguna institución homóloga a un tribunal constitucional, ya que la Suprema Corte funcionó más bien como un tribunal de agravios.³⁸

IX. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 5 de febrero de 1917 sustituyó a la de 1857, y se encuentra en vigor.

³⁶ “Art. 92. Cada uno de los individuos de la Suprema Corte de Justicia durará en su encargo seis años, y su elección será indirecta en primer grado, en los términos que disponga la ley electoral.” *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, p. 263.

³⁷ *Museo de las Constituciones*, Calle del Carmen núm. 31, Centro Histórico, Ciudad de México, “Constituciones de 1836 y 1843 voto indirecto”, Exposición permanente.

³⁸ De acuerdo con Rolando Tamayo, los tribunales de agravios “están concebidos para *restituir* a los individuos en el ejercicio de sus derechos”. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2ª ed., México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002, p. 245.

Conforme a su publicación original, en este ordenamiento constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fungió como un tribunal de agravios y se integró nuevamente por once Ministros. En este rubro resalta que, según el artículo 96, los miembros de la Suprema Corte eran propuestos por las legislaturas de los estados, pero designados por el Congreso General.³⁹ En cambio, el Procurador General de la República retornó a la esfera del Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 102 constitucional.

La Constitución de 1917 incorporó otros mecanismos de defensa constitucional, “en ella se encuentra como una novedad en materia de defensa de la Constitución, la creación del amparo directo, el que prospera para defender la vigencia y supremacía constitucional junto con el amparo indirecto”.⁴⁰

Durante el siglo XX, la carga de trabajo fue el *leitmotiv* para las modificaciones constitucionales a la estructura del Poder Judicial de la Federación.⁴¹ Hasta 1928 se modificó el número original de Ministros que integró la Suprema Corte de Justicia, para quedar con dieciséis individuos. En 1934 el número de Ministros acrecentó a veintiuno y en 1951, además de los veintiuno Ministros, se agregaron cinco supernumerarios.

³⁹ *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*, p. 339:

Art. 96.—Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral, siendo indispensable que concurren cuando menos las dos terceras partes del número total de diputados y Senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos serán previamente propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley local respectiva.

Si no se obtuviere mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos.

⁴⁰ Alberto del Castillo del Valle, *Introducción básica al derecho procesal constitucional mexicano*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2008, p. 55.

⁴¹ *Cfr.* José Antonio Caballero, *op. cit.*, pp. 165–170.

Asimismo, la carga de trabajo en el poder judicial aumentó de forma gradual y se reflejó en un rezago constante porque, hasta la creación de los tribunales colegiados de circuito, la Suprema Corte conocía de los amparos en revisión que presentaban las personas de todo el país –en este sentido la Corte era un órgano concentrado–. Por eso se experimentó la creación exponencial de tribunales de circuito y juzgados de distrito en los últimos cincuenta años del siglo pasado. Empero,

la apertura de nuevos tribunales para absorber la demanda de amparos directos genera más amparos. De esta manera, la política expansiva del poder judicial federal de finales de los años noventa y principios del 2000 muestra algunos problemas de planeación.⁴²

Aun con la reforma política de 1977, en la que se propuso una liberalización política a cuenta gotas,⁴³ la Suprema Corte de Justicia de la Nación se mantuvo alejada de los conflictos políticos, de los demás poderes y de la sociedad en general, en contraposición a las funciones políticas, mas no partidistas, de un auténtico tribunal constitucional.

X. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 1988

La reforma constitucional del 10 de agosto de 1987, que entró en vigor hasta el 15 de enero de 1988, tuvo como propósito principal solucionar el gran rezago de trabajo en el Poder Judicial de la Federación, específicamente en la Suprema Corte de Justicia. Para esto fue necesario delimitar aún más las competencias del máximo tribunal del país.

⁴² *Ibidem*, p. 183.

⁴³ *Cfr.* César Cansino, *El evangelio de la transición y otras quimeras del presente mexicano*, México, Debate, 2009, p. 39.

Así, la Corte delegó poco a poco el conocimiento del mayor número de casos en instancias inferiores y, tangencialmente, especializó su control de regularidad en uno *de la constitucionalidad*, aunque esto no redundó en la instauración de un tribunal constitucional.

En esta reforma judicial también se introdujo la atribución de la Suprema Corte para emitir *Acuerdos Generales* a fin de distribuir la carga de trabajo entre los órganos del Poder Judicial de la Federación.

XI. REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 1995

Aunque para algunos académicos, como José Antonio Caballero, la reforma constitucional de 1995 implicó una revolución judicial;⁴⁴ lo cierto es que la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 –que entró en vigor el 1º de enero de 1995– significó una metamorfosis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, más que una reestructuración de todo el Poder Judicial de la Federación.

A partir de dicha reforma, la Suprema Corte fungió como árbitro de las contiendas entre autoridades porque las circunstancias políticas cambiaron en el país y el poder unipolar del presidente para resolver discordias se desplazó, en parte, hacia el terreno judicial, específicamente hacia la Suprema Corte.⁴⁵ Lo anterior se impulsó con la reconfiguración de la controversia constitucional y la introducción de la acción de inconstitucionalidad.

El diseño institucional de la Suprema Corte de Justicia sufrió la modificación más ostensible desde 1934, debido a que la integración del tribunal en pleno ahora se conforma por once ministros, de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para esto se eliminó a los supernumerarios y, por ende, a la sala auxiliar.

⁴⁴ *Cfr.* José Antonio Caballero, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁵ *Idem.*

Al respecto, no existe alguna razón en específico que determine este número; es decir, no hay una justificación racional de por qué son once, en vez de nueve, trece o quince ministros.

En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas al Poder Judicial de la Federación, presentada en la Cámara de Senadores el 5 de diciembre de 1994 por el Ejecutivo Federal, la justificación para la determinación del número de Ministros fue una remisión al texto original de la constitución de 1917;⁴⁶ la cual, originalmente, integró la Suprema Corte de Justicia con once miembros. Sin embargo, los Constituyentes de 1917 se inspiraron a su vez en la Constitución de 1857 para determinar el número de integrantes, la Constitución mexicana de 1857 retomó la integración de la Suprema Corte que se estableció en las Bases Orgánicas de 1843 –de carácter centralista– y, más aún, esta integración se decantó de la Constitución Federal de 1824.

De modo que, la verdadera razón por la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compone actualmente por once Ministros es por una transmisión indeliberada del número de sus integrantes desde la Constitución de 1824.

Con la reforma judicial de 1995 se observaron transformaciones como la introducción del Consejo de la Judicatura Federal, órgano encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como el inicio de la novena época del *Semanario Judicial de la Federación*.

⁴⁶ “En lo concerniente a la integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se prevé reducir el número de Ministros de 26 a 11, volviendo así al número de miembros establecido en el artículo 94 del texto original de la Constitución de 1917.” Exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo Federal del 5 de diciembre de 1994. *Página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sección normativa nacional*, disponible en: <<http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=133&IdProc=1>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015].

El presupuesto para el Poder Judicial de la Federación tuvo un incremento y se dio una apertura judicial como nunca antes se había dado. “Inició un importante proceso de apertura que incluye una renovación de la página de Internet, el acceso a las sentencias, la publicidad de los debates de los Ministros y la puesta en funcionamiento del Canal Judicial”.⁴⁷

Pero también se registran persistencias como el crecimiento sostenido de los órganos del poder judicial, el rezago en la resolución de asuntos, la diferencia entre los presupuestos asignados al poder judicial de la federación y los de los estados,⁴⁸ y la corrupción.

XII. LA DÉCIMA ÉPOCA

En la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, que inició el 4 de octubre de 2011 a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y de la resolución del expediente varios 912/2010 (caso Radilla Pacheco), persisten tres posiciones en torno a la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La primera postura señala que la Suprema Corte es un tribunal constitucional. A su vez, dentro de esta posición se observa que, o se le da plena naturaleza, o se le concibe como un tribunal constitucional *sui generis*.

La segunda postura “gira en torno a la doble naturaleza de la Suprema Corte de Justicia, como tribunal constitucional y como máxima instancia de la jurisdicción federal”.⁴⁹ La tercera niega la naturaleza –formal y material– de la Suprema Corte como tribunal constitucional.

⁴⁷ José Antonio Caballero, *op. cit.*, pp. 190–191.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 190–192.

⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 117.

La postura institucional de la Suprema Corte es la de reconocerse como un tribunal constitucional.⁵⁰ Aunque también hay voces de disenso al interior del Poder Judicial que ponen énfasis en que la Suprema Corte se encuentra en un proceso de transición inacabado hacia un tribunal constitucional.

Una explicación para la diversidad de posturas respecto a la naturaleza de la Corte, que han generado un debate inconcluso, es la indefinición de ésta en la Constitución general de la República.

El que escribe estas líneas se adhiere a la postura que niega la naturaleza jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional. En realidad, la Suprema Corte es un *tribunal terminal* del Poder Judicial de la Federación. Según Emanuel Rosales Guerrero, un tribunal terminal –denominado también tribunal límite o supremo– es:

[U]n órgano jurisdiccional de jerarquía que, en el desarrollo de las instancias procesales, representa al que resolverá, en definitiva y de modo absoluto, un juicio, una vía o un recurso.

Tratándose del Poder Judicial de la Federación, los tribunales terminales, en la instancia constitucional, son la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, mientras que en la instancia de legalidad son los Tribunales Unitarios de Circuito.

Los jueces de Distrito adolecen de la característica de tribunales terminales pues sus resoluciones son recurribles.⁵¹

⁵⁰ Ese término se utilizó en las jurisprudencias del Pleno de la Suprema Corte, con números de registro digital 160482, 165073 y 177006, y en las publicaciones institucionales: *El poder judicial de la Federación para jóvenes*, 3ª ed., México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 117 y *La defensa de la Constitución*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 66.

⁵¹ Emmanuel Guadalupe Rosales Guerrero, *Estudio Sistemático de la jurisprudencia*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 104.

Entonces, la diferencia entre un tribunal terminal y uno constitucional es que el primero es la última instancia, mientras que el tribunal constitucional es única instancia.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es un tribunal constitucional. El primer argumento para sustentar esta tesis consiste en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no instituye un tribunal constitucional. En ningún artículo de la Constitución federal se usa el término de tribunal constitucional para referirse a la Suprema Corte u otro órgano estatal. De ahí que, un sector de la academia imputa a la Suprema Corte de arrogarse la calidad –y por tanto las atribuciones– de un tribunal constitucional, por no mencionarse dicha naturaleza jurídica en la Constitución federal.

En segundo lugar, la Suprema Corte es la cabeza del Poder Judicial de la Federación. Esta característica impide que pueda ser independiente, autónoma o imparcial respecto al propio Poder Judicial. En tercer lugar, no se trata de un órgano excluyente, por tanto, no se está frente a un órgano altamente especializado ni de tipo concentrado en la materia de control de la constitucionalidad. Por último, el método de nombramiento de los integrantes de la Corte no garantiza un órgano libre de partidización.

Incluso se puede argumentar que, con base en esta última característica –el desequilibrio constitucional en su proceso de integración– la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un órgano político de control de la constitucionalidad.

Tampoco es un tribunal de agravios, puesto que la Suprema Corte de Justicia no sólo vela por la protección de los derechos fundamentales –la parte dogmática de la Constitución–, sino que también se encarga de proteger la parte orgánica; por ejemplo, a través de la controversia constitucional.

Inclusive, si se atiende al derecho comparado, se puede concluir que la Suprema Corte de México tiene más similitudes con la Corte Suprema estadounidense que con cualquier tribunal constitucional

europeo. La Corte Suprema de Estados Unidos de América es “el más alto entre los *ordinarios* órganos judiciales federales americanos, y a ella, como va subrayado, se llega no mediante procedimientos especiales, sino a través del *iter* de las impugnaciones y recursos normales”.⁵²

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación encaja de modo cabal en esta definición, aun cuando conoce de modo exclusivo la controversia constitucional, porque en este proceso los quejosos deben cumplir con el principio de definitividad antes de reclamar ante la Corte.

Cabe resaltar que esta similitud contrasta con el sistema jurídico en el que se desenvuelve cada Corte, ya que el sistema jurídico estadounidense pertenece al *Common law* mientras que el mexicano es neorromano germánico canónico (*civil law* o de derecho escrito).

XIII. CONCLUSIONES

Aunque México fue pionero en la instauración de un régimen de control judicial de la constitucionalidad con la adopción del amparo en el siglo XIX, en la historia constitucional mexicana no se registra el establecimiento de un tribunal constitucional en sentido estricto; es decir, no hemos tenido un órgano cuya integración guarde un equilibrio constitucional, especializado en el control de la constitucionalidad y cuyas resoluciones tengan en la mayoría de los casos efectos generales.

De esta concisa investigación se desprende que persisten rasgos decimonónicos en el diseño institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En síntesis, a pesar de que en México se han hecho reformas judiciales para encauzar al máximo tribunal hacia un órgano concentrado; éstas han terminado por brindarle a la Suprema Corte

⁵² Mauro Cappelletti, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 72.

únicamente las características de forma de un tribunal constitucional, por ejemplo: periodos amplios de encargo a los ministros, la prohibición de reelección, establecer la publicidad de sus actuaciones, remuneración inalterable e inamovilidad de sus integrantes.

Sin embargo, las características de fondo, aquéllas que son determinantes para instituir la como un auténtico tribunal constitucional –verbigracia, un órgano exclusivo y excluyente, integrado por especialistas en el control de la constitucionalidad, independiente del poder judicial y con un método democrático de designación de sus integrantes– no se encuentran en el entramado constitucional vigente.

Cabe señalar que las reformas constitucionales de la Décima Época tuvieron impacto en los *procedimientos* de control de la constitucionalidad, *mas no en el diseño institucional* del sistema ni en la naturaleza jurídica de nuestro tribunal terminal. Con estas reformas sólo se extendió la característica difusa del control de la constitucionalidad en México.

XIV. FUENTES

1. BIBLIOGRÁFICAS

ARIZPE NARRO, Enrique, *La primera sentencia de amparo*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

CABALLERO, José Antonio. “De la marginalidad a los reflectores. El renacimiento de la administración de justicia en México” en Ilán Bizberg y Lorenzo Meyer (coords.), *Una historia Contemporánea de México: Las instituciones*, México, Océano-El Colegio de México, 2008, t. 3.

CANSINO, César, *El evangelio de la transición y otras quimeras del presente mexicano*, México, Debate, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, 2007.

- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. “El sistema presidencial en México. Orígenes y Razones” en Miguel Carbonell, (dir.), *Ensayos sobre presidencialismo mexicano*, México, Aldus, 1994.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel *et al.*, *Historia mínima de México*, México, El Colegio de México, 1983.
- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIP, 2005.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Introducción básica al derecho procesal constitucional mexicano*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2008.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2005.
- OTERO, Mariano, “Voto particular de Mariano Otero (5 de abril de 1847)”, en *La Suprema Corte de Justicia sus leyes y sus hombres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1985, pp. 127–141.
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Teoría de la constitución*, 3ª ed., México, Porrúa, 2005.
- ROSALES GUERRERO, Emmanuel Guadalupe, *Estudio sistemático de la jurisprudencia*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, España, Tecnos, 1983.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Antecedentes históricos y constituciones políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, 2006.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- , *El poder judicial de la federación para jóvenes*, 3ª ed., México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.

———, *La defensa de la constitución*, México, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2ª ed., México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2002.

———, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 2007.

2. ELECTRÓNICAS

Constitución Política del Estado de Yucatán de 1841, <<http://www.pdi.uady.mx/docs/evid02/6.%20Accin/COMPILACIONES/COMPILA%20AMPARO%20II%20PDF/constitucoi%201841.pdf>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015].

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015].

Página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sección normativa nacional, <<http://bovmsilap.scjn.pjf.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=133&IdProc=1>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015].

PÉREZ JOHNSTON, Raúl, *El Supremo poder conservador y su sentencia de muerte: la ley sobre ladrones del 13 de marzo de 1840*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2556/22.pdf>>, [Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015].

3. HEMEROGRÁFICAS

Jurisprudencia P./J. 136/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Novena Época), Tomo XXII, octubre de 2005, p. 2062. Número de registro digital: 177006.

Tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Décima Época), libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556.
Número de registro digital: 160482.

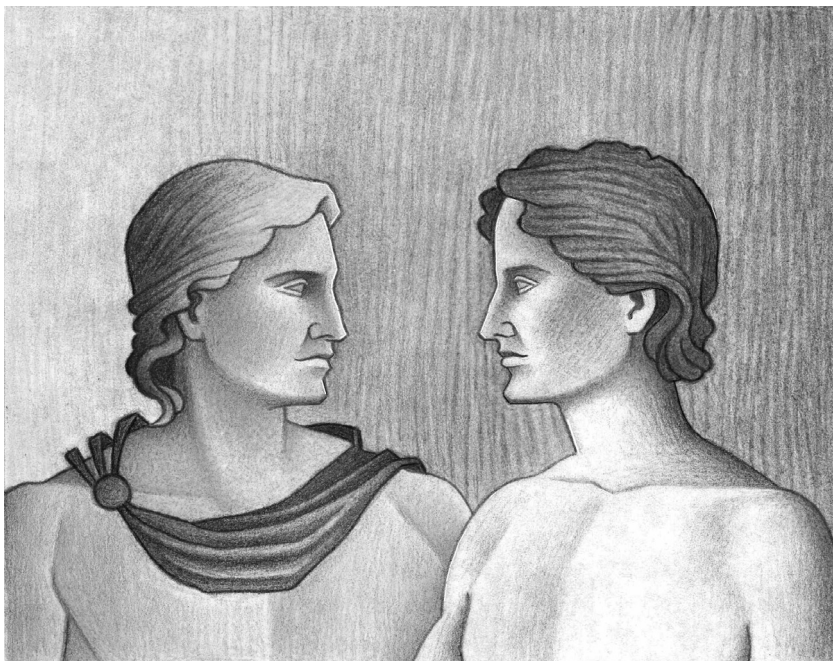
Tesis aislada P. XXIX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Novena Época), tomo XXXI, marzo de 2010, p. 7. Número de registro digital: 165073.

4. OTRAS FUENTES

Museo de las Constituciones, Calle del Carmen núm. 31, Centro Histórico, Ciudad México, “Constituciones de 1836 y 1843 Voto indirecto”, Exposición permanente.

LA INTERPRETACIÓN ESTÉTICA DE LA VERDAD DIÁLOGO ENTRE APOLO Y DIONISIO

ARTURO BERUMEN CAMPOS¹ Y JACQUELINE ORTIZ ANDRADE²



Apolo y Dionisio,
dibujo de Manuel Berumen Campos

¹ Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco. Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.

² Profesora de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

APOLO.—¿Por qué siempre que dices algo de ética o de filosofía, tienes que mencionar el nombre del filósofo que lo dijo? En la ciencia, nunca o casi nunca hacemos eso. Simplemente formulamos y ponemos a prueba los enunciados científicos.

DIONISIO.—Es que la filosofía no es una ciencia, sino un arte.

APOLO.—¿No es una ciencia? Entonces no vale nada, racionalmente.

DIONISIO.—No bueno, sí es una ciencia, pero es una ciencia distinta.

APOLO.—Más bien yo creo que es o fue, una “protociencia”, un primer intento de hacer ciencia, pero ahora ya no es necesaria, me parece muy arcaica.

DIONISIO.—No sabes lo que dices querido “cientificista”. Sin la filosofía, la ciencia no sería nada.

APOLO.—La filosofía, querido “esteticista”, no hace sino repetir lo que la ciencia ya ha dicho y ha descubierto, no descubre nada nuevo.

DIONISIO.—Justamente al revés, adorador de la ciencia. La ciencia ha utilizado siempre los conceptos y las formas de razonamiento que ha elaborado la filosofía y que ha puesto a su servicio.

APOLO.—Necesito que me des pruebas al respecto, si no quedarás como un charlatán estimado “esteticista”.

DIONISIO.—Bien, te voy a dar sólo tres casos, para que seas más humilde, hijo de Newton. En primer lugar, el concepto de verdad. Me puedes decir, ¿qué es la verdad?

APOLO.—¿La verdad científica?

DIONISIO.—Sí claro, la verdad científica

APOLO.—Bueno, cuando una teoría o un experimento son comprobados empíricamente.

DIONISIO.—Entonces, ¿dónde está la verdad?

APOLO.—¿Cómo dónde? Ya vas a empezar con tus abstracciones.

DIONISIO.—Sí ¿en qué parte del mundo está la verdad?

APOLO.—La verdad, no te entiendo.

DIONISIO.—Mira, ahorita mismo que dijiste “verdad”, ¿dónde está la verdad?

APOLO.—¿Yo dije verdad?

DIONISIO.—Sí, y lo acabas de decir otra vez. Entonces, ¿dónde está la verdad?

APOLO.—No seas necio, y dime lo que quieres decir.

DIONISIO.—Si dices “la verdad”, la verdad está en tu decir, en tu hablar, en tu lenguaje.

APOLO.—Ya ves, la filosofía son puras simplezas. La palabra “verdad”, pues sí, es lenguaje ¡Qué obviedad! Pero el concepto de verdad es otra cosa.

DIONISIO.—Bien, donde está el concepto de verdad.

APOLO.—¿Cómo que dónde? Pues en la mente ¿dónde más?

DIONISIO.—¿En la mente? Entonces no es un concepto científico, pues lo científico tiene que ser empírico, comprobable, ¿no es así?

APOLO.—Bueno sí, pero...

DIONISIO.—¿Se puede demostrar la existencia de la mente?

APOLO.—Bueno, está bien, no está en la mente. Entonces, la verdad está en las cosas empíricas. Por ejemplo, si digo la causa del SIDA es el VIH (virus de la inmunodeficiencia humana), se puede demostrar que sí es verdad, experimentalmente.

DIONISIO.—¿Quieres decir que la verdad está en el virus?

APOLO.—La verdad de que es la causa del SIDA, sí.

DIONISIO.—La verdad no puede estar en las cosas del mundo. Las cosas son, eso es todo.

APOLO.—¿Entonces dónde está la verdad?

DIONISIO.—La verdad está en los enunciados o no está.

APOLO.—¿Cómo crees?

DIONISIO.—Claro que sí, ¿no dijiste que era verdad el enunciado de que “la causa del SIDA es el VIH”? Lo que es verdadero o no es verdadero es el enunciado, no el virus.

APOLO.—Sí, pero el enunciado es verdadero si el VIH es la verdadera causa del SIDA, si no, no. Por tanto, la verdad del enunciado está en el virus.

DIONISIO.—Más bien sabemos que el enunciado es verdadero si se corresponde con los hechos, y no lo es si no se corresponde con ellos.

APOLO.—Pues eso es lo que te dije desde un principio.

DIONISIO.—Fue lo que intentaste decir y no pudiste, porque no has leído a Aristóteles, a Santo Tomás de Aquino ni a Tarski.

APOLO.—Ya empezaste otra vez, con tu retahíla de nombres de autores.

DIONISIO.—Para que los leas y te des cuenta de qué es lo que haces. Trabajas con un concepto de verdad, pero no sabes que es.

APOLO.—Para que veas, puedo hacerlo sin saber qué es. ¿Para qué necesito a la filosofía?

DIONISIO.—Ahora, ¿quién es el necio? Pues para que sepas lo que haces. Y eso es la filosofía, la reflexión sobre nuestras prácticas, como decía Wittgenstein. Perdón, te molestan los autores.

APOLO.—Pero no acabo de convencerme para que me sirva saber que es la verdad si yo sé encontrarla en la práctica.

DIONISIO.—Pues para saber si lo estás haciendo bien, para mejorar y también para saber limitarte. ¿Hasta donde puedes aplicar el concepto científico de verdad?

APOLO.—¿Qué? ¿Hay otros conceptos de verdad?

DIONISIO.—Así es. La verdad científica se entiende como “la correspondencia de los enunciados con los hechos” de acuerdo con...

APOLO.—Ya, ya, no me interesa saber quien.

DIONISIO.—Entonces ¿Cómo vas a profundizar en este concepto de verdad, si no sabes quién es el autor?

APOLO.—No me interesa profundizar. Mejor dime qué otro concepto de verdad conoces.

DIONISIO.—Bueno, está el concepto de “verdad como coherencia”.

APOLO.—¿Qué, no es lo mismo?

DIONISIO.—No, querido científicista. En la verdad como correspondencia, se corresponden o no se corresponden los enunciados con los hechos, en cambio, en la verdad como coherencia, lo enunciados son o no son coherentes con otros enunciados. ¿Ves la diferencia?

APOLO.—La verdad no. Ponme un ejemplo.

DIONISIO.—Por ejemplo, si digo “El salario de los maestros de la UNAM es justo”, ese enunciado ¿es verdadero o es falso?

APOLO.—Depende, algunos maestros ganan bien y otros no.

DIONISIO.—Pero el enunciado no es si ganan bien o no, sino si ganan lo justo.

APOLO.—Entonces debes definir el concepto de justicia.

DIONISIO.—¡Claro! Pero eso lo hace la filosofía.

APOLO.—¿Y bien?

DIONISIO.—Aquí viene el problema de los autores clásicos. Podemos definir la justicia con Aristóteles, con Marx, con Rawls, entre otros.

APOLO.—¿También existen tres conceptos de justicia?

DIONISIO.—Cuando menos. De hecho existen muchos más.

APOLO.—¿Muchos más? Entonces la ética no es una ciencia. Nosotros los científicos sólo tenemos una definición para cada cosa.

DIONISIO.—Bueno, ¿quién sabe? Pero ese es justamente el problema de los autores. Como hay muchas concepciones de los problemas filosóficos, tenemos que distinguirlas por corrientes y por autores, para saber de cuál de ellas estamos hablando.

APOLO.—¿Y cuál es la verdadera?

DIONISIO.—Ese el problema de la verdad como coherencia. Que sólo es probable.

APOLO.—Pero ya dime que es, la dichosa verdad como coherencia.

DIONISIO.—Espérate, mejor te doy un concepto de justicia para después llegar al de verdad.

APOLO.—Está bien, ¿qué otro?

DIONISIO.—Según Aristóteles (te darás cuenta que es inevitable citar a nuestros clásicos de ética filosófica), la justicia es darle a cada quien en proporción a sus méritos o a sus culpas, según se trate de premios o castigos, respectivamente.

APOLO.—Pero puede suceder que los que ganan más lo merecen y quienes ganan menos, merecen menos. ¿No es así?

DIONISIO.—Claro, pero también puede suceder que los que ganan más sean los favoritos de los príncipes y lo que ganan menos sean sus críticos y eso nada tiene que ver con los méritos.

APOLO.—Entonces, ¿cómo saber la verdad de tu enunciado, si no investigamos si corresponde con los hechos?

DIONISIO.—No tan rápido, mi estimado científicista. Primero, hay que definir lo que se entiende por méritos, no es algo obvio. Y después debemos determinar como medirlo. Ese es el problema más grande para saber si algo es justo. Pues todo mundo siente que tiene más méritos que otro y si no es tratado como espera se considera tratado injustamente.

APOLO.—Entonces, estimado esteticista tienes que comparar tu definición de justicia, con tu definición de méritos...

DIONISIO.—Es decir, buscas la coherencia de dos enunciados, lo cual es la verdad como coherencia que buscábamos.

APOLO.—Pero, Dionisio, al final tienes que apelar a los hechos, para ver si hay o no hay correspondencia de dichos enunciados con los hechos, para saber si los maestros son tratados justamente de acuerdo con sus méritos o no lo son.

DIONISIO.—El problema en ética y también en derecho es que los hechos ya pasaron, sólo queda el registro de los mismo, como pueden ser, en nuestro ejemplo, las nóminas, los cheques, los depósitos que no son hechos, sino enunciados.

APOLO.—Ay, no juegues. Son hechos, ¿cómo enunciados?

DIONISIO.—Enunciados protocolares, así les llaman los filósofos positivistas.

APOLO.—En ese caso, también la ciencia opera así.

DIONISIO.—Es posible, pero la investigación ética y jurídica busca la coherencia de una buena cantidad de enunciados generales y particulares.

APOLO.—Te decía, la ciencia también procede así. Busca la coherencia de las teorías, de las variables, de los indicadores, de los resultados, de la discusión con otros investigadores. No veo dónde está la diferencia entre la ética y la ciencia.

DIONISIO.—Antes de continuar, ¿estarás de acuerdo en que ya la discusión filosófica nos ha ayudado a esclarecer, aunque sea un poco, cómo hacemos nuestras prácticas?

APOLO.—Bueno sí tengo que reconocer que me ha ayudado a entender algunas de mis propias prácticas. Pero ¿existe otro concepto de verdad? Me dijiste que ibas a referirte a tres, ¿cuál es el otro?

DIONISIO.—Hay dos más. La verdad como consenso y la verdad como develamiento. La verdad como consenso, se refiere a un consenso ideal, no real.

APOLO.—¿Otra vez con tus idealismos metafísicos?

DIONISIO.—Cállate, ni sabes que es metafísica.

APOLO.—Está bien, continúa.

DIONISIO.—Bueno, te decía que es un consenso ideal, no real.

APOLO.—Espérame. ¿Quieres decir que si todos están de acuerdo en algo, entonces será verdad?

DIONISIO.—Claro que no, ¿qué no estás escuchando? Te dije consenso ideal, ¡ideal! No real, ¡no real!

APOLO.—Perdón, si no es real ¿cómo es entonces?

DIONISIO.—Pues déjame hablar, no me interrumpas. Ideal significa, que la verdad de un enunciado se argumenta por alguien ante alguien y que hay que argumentar de tal modo que sea capaz de convencerse incluso al que no está de acuerdo. No que se convenza, si no que sea capaz de convencerlo.

APOLO.—¿Cómo? No entiendo, ¿qué lo convenza o que no lo convenza?

DIONISIO.—No, que se argumente de manera tal que sea capaz de convencer al que no esté de acuerdo. Es decir, argumentar desde el punto de vista del otro, no de uno mismo. O como dice Habermas (perdón por citar a mis clásicos), hay que argumentar en actitud hipotética, en actitud objetivamente, en actitud de tercera persona.

APOLO.—Pero si el enunciado es verdadero, aunque no convenzas al otro.

DIONISIO.—Ese es el problema de los científicos. Creen que si el enunciado es verdadero para ellos, lo es para todo el mundo.

APOLO.—¡Claro que no creemos eso! Por eso, nosotros publicamos nuestros trabajos, para discutirlos con los demás científicos.

DIONISIO.—¡Pero no con los que no son científicos!

APOLO.—Algunas veces sí. Pero eso ya no es parte de la investigación científica, sino de divulgación científica.

DIONISIO.—Pero es una condición o una consecuencia de la ciencia. ¿O no es así?

APOLO.—Sí, pero no es parte de la ciencia.

DIONISIO.— Está bien. Pero lo que quiero hacer destacar es que en una discusión técnica o en una discusión científica hay que tomar en cuenta a tu auditorio. Tienes el deber ético de asumir, idealmente, el punto de vista de tu colega, de quien apoya tus proyectos y de quien sufre las consecuencias.

APOLO.—¿Deber ético?

DIONISIO.—Sí, porque la verdad como consenso, está en el diálogo.

APOLO.— ¿La verdad o la ética?

DIONISIO.—Las dos.

APOLO.—¿Por qué?

DIONISIO.—Porque argumentas de distinta manera ante tus colegas que ante el público en general.

APOLO.—Sí, pero el contenido es el mismo en ambos casos, sólo cambia la forma de expresión.

DIONISIO.—Pero lo que te contestan, ¿no te hacen cambiar el contenido de tu “verdad”?

APOLO.—Con los colegas, por supuesto, para eso discute uno, para poner a prueba los descubrimientos. Pero con el público en general, lo dudo.

DIONISIO.—Entonces, cuando menos dentro de la comunidad científica, aceptas que la verdad no sólo está en los enunciados, sino también en el diálogo o en la discusión.

APOLO.—Más bien, del diálogo proviene la verdad. Eso sí. Pero del diálogo con los colegas, no con el público.

DIONISIO.—Con eso me basta. No basta sólo tu punto de vista, o sea, una actitud asertórica, o una actitud participante, o una actitud de primera o segunda persona, para lograr la verdad, sino que es necesario un consenso, racionalmente motivado.

APOLO.—Sí, en eso sí estoy de acuerdo.

DIONISIO.—¿Y estarás de acuerdo que también ahí reside la ética científica?

APOLO.—¿En dónde?

DIONISIO.—En el diálogo.

APOLO.—¿Por qué?

DIONISIO.—Porque es un deber ético escuchar al otro, aceptar cuando uno está equivocado, reconocer los méritos del otro, etcétera.

APOLO.—Sí, el científico debe ser humilde.

DIONISIO.—¿Como Sócrates?

APOLO.—Sí, como Sócrates.

DIONISIO.—Y ¿no crees que también debería ser así con los que no pertenecen al gremio científico, con los profanos?

APOLO.—Bueno, ahí no estoy tan seguro.

DIONISIO.—Pero estarás de acuerdo que los que van a ser afectados, para bien o para mal, por los descubrimientos científicos, deben poder ser escuchados por los científicos.

APOLO.—Quizás en las condiciones y en las consecuencias de la aplicación de la ciencia, pero en el proceso científico en sí, no me parece.

DIONISIO.—Digamos que la ética está tanto en el diálogo interno como en el externo, y la verdad sólo en el interno a la ciencia.

APOLO.—Podría aceptarlo.

DIONISIO.—Es decir, desde ambos puntos de vista, el científico, como cualquiera que entabla un diálogo, tiene que saber asumir actitudes hipotéticas y no sólo asertóricas, aunque se trate de personas que no son expertas en el tema.

APOLO.—¿Pero eso quiere decir que no tengo derecho a afirmar o a negar, categóricamente mis ideas, mis descubrimientos, mis teorías, en fin, mi verdad?

DIONISIO.—Es decir, ¿si tienes derecho a ser dogmático e impositivo? No, no tienes derecho a ser intolerante.

APOLO.—¿Yo dogmático? ¿Yo intolerante?

DIONISIO.—Pues sí, tú y todos los científicistas como tú, que han hecho de la ciencia un nuevo dogma, un nueva religión, que no admite la duda, menos la crítica.

APOLO.—Si fuera así, no estaría aquí soportando tus especulaciones y tus impertinencias.

DIONISIO.—A eso me refiero. El científico cree que es una molestia tomar en serio las dudas y las críticas de los demás, en especial de los filósofos. Pero no se da cuenta que discutir bajo supuestos, en actitud hipotética en eso consiste, no tan sólo el desarrollo de la verdad, sino a ética científica. La ética, Apolo científicista, no es un añadido a la ciencia, es un elemento necesario para el desarrollo de la verdad científica. No es una condición que gratuitamente nos hacen a los filósofos, sino un favor que se hacen a sí mismos.

APOLO.—Estoy de acuerdo, pero los científicos no son así, no serían verdaderos científicos.

DIONISIO.—Tienes razón, no son científicos, sino científicistas, como los llama Habermas.

APOLO.—¿Y cuál es el otro tipo de verdad que mencionabas?

DIONISIO.—La más importante de todas y que comprende a las demás. La verdad como develamiento: “Aletheia” en griego. Es descorrer el velo que nos oculta la realidad.

APOLO.—Esa es la verdad científica.

DIONISIO.—Es todas ellas: descubre el velo de la ignorancia y brilla la verdad científica; descubre el velo de los prejuicios, y nos ilumina la verdad hermenéutica; descubre el velo de la ideología y se nos revela la verdad de la ética.

APOLO.—¿Y cómo hace todo eso la Aletheia? ¿Con la ciencia?

DIONISIO.—No exactamente.

APOLO.—¿No me digas que es con la ética?

DIONISIO.—Tampoco.

APOLO.—¿Entonces?

DIONISIO.—Es con lo que menos te imaginas, querido Apolo. Con el arte, con la poesía. La poesía es “la desocultación del ente”. “El como poner-en-obra-la-verdad es Poesía”, nos dice Heidegger (perdón, cité de nuevo).

APOLO.—Ahí, sí ya no estoy de acuerdo, nuevamente. Me parece que esta discusión ya la hemos tenido desde hace mucho tiempo. Te puedo aceptar que la ciencia guarda algunas relaciones con la ética, pero ¿con la estética? No, es eso ya demasiado ¿Me quieres explicar qué tiene que ver la poesía con la ciencia?

DIONISIO.—Discutíamos estas cosas desde que éramos jóvenes, y desde entonces estábamos en desacuerdo.

APOLO.—Sí, recuerdo que yo prefería las matemáticas y tu la literatura. Pero no recuerdo que confundieras una con la otra, como parece hacerlo ahora.

DIONISIO.—No es que los confunda, sino que, de acuerdo con Gadamer (ya aceptaste que es necesario citar a los autores en filosofía, ¿no?) el arte y, en especial, la poesía, no sólo tienen un función de producir placer estético, sino una función epistemológica, es decir, ayudan a producir nuevo conocimiento.

APOLO.— ¿Cómo? No alcanzo a comprenderlo.

DIONISIO.—Por ejemplo, veamos la metáfora, que es un elemento esencial de la poesía. Las metáforas derivan de la analogía, la que nos permite conocer lo desconocido a partir de lo conocido en virtud de una semejanza de relación entre el tema y el foro. Por ejemplo, sea la siguiente analogía: la nulidad es al contrato como la muerte es a la vida. De la cual derivan las siguientes metáforas: la nulidad es la muerte del contrato y la muerte es la nulidad de la vida. Las cuales son bellas y verdaderas a la vez. Más aún son verdaderas porque son bellas. De ahí derivó yo una propuesta: la validez de una analogía deriva de la belleza de sus metáforas. ¿Cómo la ves, estimado Apolo?

APOLO.—Bueno tal vez, pueda ser válido para la verdad ética o la verdad jurídica, pero, lo dudo para la verdad científica. Ponme un ejemplo de verdad científica.

DIONISIO.—No, lo vas a poner tú.

APOLO.—¿Yo?

DIONISIO.—Sí. Dime ¿cómo es la estructura del ADN? Para poner algo de tu campo de investigación.

APOLO.—Es una doble hélice, todo el mundo lo sabe.

DIONISIO.—¿A qué se parece?

APOLO.—A una escalera de caracol. Y ¿eso qué?

DIONISIO.—Pues es una analogía. Y según tú me has contado, así lo descubrió el mismo Watson: viendo la escalera de caracol de su casa. ¿No es así?

APOLO.—Si, así sucedió.

DIONISIO.—Pues bien. Intentemos hacer una analogía y derivar sus metáforas. ¿Te parece?

APOLO.—Está bien, aunque no sé a donde nos conduce esto.

DIONISIO.—¿En que se parece el ADN y la escalera de caracol?

APOLO.—Bueno en ambos tienen dos tiras enroscadas y peldaños que las unen.

DIONISIO.—¡Perfecto! Ya tenemos los elementos del tema y del foro. Ahora sólo busquemos los nombres adecuados. ¿Podemos decir que las tiras son las guías de las bases?

APOLO.—Sí, porque según el orden de la cadena es el orden de las bases.

DIONISIO.—Y las bases son los peldaños de la escalera.

APOLO.—De acuerdo.

DIONISIO.—Bueno ya tenemos la analogía: las cadenas de ADN son a las bases como las guías de la escalera de caracol son a los peldaños. Por lo tanto, tenemos las siguientes metáforas: las cadenas de ADN son las guías de las bases, y las guías de la escalera de caracol son las cadenas de los peldaños. ¿Cómo la ves?

APOLO.—Regular, solamente, aunque sí ilustra lo que pasa en el ADN.

DIONISIO.—Habría que buscar otros nombres más precisos. Tal vez, buscando en la etimología: hélice significa en griego “caracol”. El ADN es el caracol de la vida, o el caracol es la hélice de la vida, ¿no?

APOLO.—No importa ya. Ya entendí lo que quieres decir. ¿Que la ciencia es la poesía de la verdad?

DIONISIO.—O al revés; la poesía es la ciencia de la belleza.

APOLO.—¿Y la ética?

DIONISIO.—Bueno, la ética me parece que podría ser la estética de la verdad.

APOLO.—¿La estética?

DIONISIO.—Bueno, sería una buena conclusión de nuestro diálogo la estética como “Aletheia”, es decir, como develamiento de la verdad de la ética y de la ciencia. ¿Cómo la vez Apolo?

APOLO.—No está mal, como hipótesis a refutar, Dionisio.

DIONISIO.—Empecemos de nuevo, pues.

APOLO.—Empecemos.

DIONISIO.—Y terminamos.

PLURALISMO JURÍDICO EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA: PUNTO DE ENCUENTRO DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y JURÍDICA

BEATRIZ JUÁREZ AGUILAR¹

RESUMEN: Expertos señalan que para entender al derecho chino hoy, debe comprenderse cómo sus sociedades han moldeado su pensamiento político y jurídico por siglos. En el presente artículo se analizará el desarrollo histórico de los procesos de conformación de su actual pluralismo jurídico, cómo desde la última dinastía hasta la fecha el centro político-jurídico ha lidiado con la diversidad de la periferia. Por medio del pluralismo jurídico que posibilita la observación de diferencias jurídico-históricas regionales, y visualiza el desempeño del Partido Comunista de China, así como de un cuestionamiento al sinocentrismo, se mostrará que en el territorio de la República Popular China han coexistido múltiples culturas con diferentes tradiciones jurídicas, pero que un acercamiento sólo a su derecho positivo o a la narrativa histórico-jurídica oficial, da una visión bastante incompleta de la complejidad del panorama legal chino. El caso del derecho chino contribuye a abrir el panorama de la diversidad epistemológica y jurídica del mundo.

PALABRAS CLAVE: *República Popular China, derecho chino, Partido Comunista de China, pluralismo jurídico.*

ABSTRACT: Experts point out that in order to understand current Chinese legal system we must comprehend how their societies have created its political and legal thought for centuries. This article will analyze the historical development of the formation processes of China's current legal pluralism; from the last dynasty to today, within a big frame, it will show how the political and legal center has deal with the peripheral diversity. Because legal pluralism enables us to see historical and regional differences as well as the work of the Chinese Communist Party, supported by the questioning of sinocentrism, this paper will show that in current People's Republic of China's territory have coexisted multiple cultures with

¹ Tesista del doctorado en la Facultad de Derecho, UNAM. Contacto: <ethesis3@yahoo.fr>.

different legal traditions, but an approach based on formal analysis or the legal-historical state's narrative is not enough to portray this complex panorama. The study of Chinese law contributes to open up the panorama of the world's legal epistemological diversity.

KEY WORDS: *People's Republic of China, Chinese law, Chinese Communist Party, Legal Pluralism in China.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Concepto de pluralismo jurídico; III. Pluralismo jurídico en la Dinastía Qing (1636-1911); IV. Pluralismo jurídico en la República China (1912-1949); V. Pluralismo jurídico en la República Popular China (1949-); VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Por los últimos treinta años, la República Popular China (RPC) ha sostenido un crecimiento anual de cerca del 10%, lo cual ha sacando de la pobreza a más de 500 millones de personas,² una cantidad casi igual a la población total de Latinoamérica. Este hecho por sí mismo es un hito en la historia económica porque “nunca antes un país tan grande había crecido tan rápido por un periodo tan largo”. Su participación en el Producto Interno Bruto mundial pasó del 2% en 1980 al 14% en 2010,³ lo cual la ha posicionado como la segunda o la primera economía dependiendo de los indicadores.⁴ Pese a las actuales ríspidas condiciones económico-políticas o más bien aprovechándolas, China ahora busca ser

² World Bank, “China Overview”, Apr 01, 2014, <<http://www.worldbank.org/en/country/china/overview>>, [Consultado 13/03/2015].

³ Gemma Estrada, *et al.*, “The PRC’s Free Trade Agreements with ASEAN, Japan, and the Republic of Korea: A Comparative Analysis”, en *ADB Working Paper Series on Regional Economic Integration*, Asian Development Bank, No. 92, enero 2012, p. 1.

⁴ *Cfr.* Banco Mundial, China data, <<http://data.worldbank.org/country/china>> [Consultado 13/03/2015]; Fondo Monetario Internacional, People’s Republic of China and the IMF, <<http://www.imf.org/external/country/chn/index.htm>>, [Consultado 13/03/2015].

una una alternativa (y al parecer un rival) al sistema económico de Breton Woods encabezado por Estados Unidos, al liderar los recién creados Banco Asiático de Inversión en Infraestructuras (participan India, Reino Unido, Francia, Italia, Singapur, entre otros) y el Nuevo Banco de Desarrollo (establecido por los BRICS: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica).⁵

Joseph E. Stiglitz, premio Nobel de economía en 2001, considera el ascenso chino brinda una nueva relevancia a su modelo político-económico, mientras que pone en los reflectores al modelo americano, el cual “no ha cumplido para grandes porciones de su propia población”.⁶ Entonces, sería importante conocer este modelo, no sólo la parte político-económica, sino la jurídica. ¿Cómo conocerlo? Un gran número de análisis sobre el derecho chino buscan comprenderlo sólo para señalar cómo éste debería adaptarse al modelo jurídico-político liberal; esta postura evolucionista que considera la existencia de un único modelo de desarrollo progresivo y natural para todas las sociedades —replicando el de algunas occidentales— con su dosis de discursos de la Guerra Fría, se dejará de lado a fin de dejar abiertas a la experiencia de miles de permutaciones de la forma legal.⁷

La República Popular China en la actualidad tiene un sistema jurídico esencialmente socialista; consta de veintidós provincias en tierra firme, cuatro municipalidades directamente bajo el gobierno central, cinco regiones autónomas encabezadas por grupos étnicos; dos regiones administrativas especiales para las excolonias, cada una

⁵ Macarena Vidal, “Alemania, Francia e Italia se unen a un banco asiático creado por China”, en *El País*, 18 de marzo de 2015, <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/17/actualidad/1426596076_040421.html>, [Consultado 23/03/2015].

⁶ Joseph E. Stiglitz, “The Chinese Century” January 2015, <<http://www.vanityfair.com/business/2015/01/china-worlds-largest-economy#>>, [Consultado 13/03/2015].

⁷ Robert W. Gordon, “Critical legal studies”, *Stanford Law Review*, 1984, 57-125.

con un sistema jurídico diferente, Hong Kong con uno de *common law* y Macao con uno romano-germánico (ambos sistemas subordinados al socialista); como parte del territorio chino también hay una serie de islas dentro de las que destacan Taiwán que es considerada por el gobierno central como la provincia número veintitrés aunque el gobierno de la isla se considera un estado independiente (estatus no respaldado desde el derecho internacional) y las islas Diaoyu en disputa con Japón (ver mapa en anexo 1). Curiosamente, entre los conflictos actuales más importantes para el gobierno central éstos se localizan en esta periferia geográfica y jurídico-política: Xinjiang y Tíbet (dos regiones autónomas), Taiwán, Hong Kong y las islas Diaoyu.

Para comprender esta heterogeneidad se seguirá el consejo de Robert C. Berring, quien señala que para entender cómo China “lidia con los asuntos de hoy”, “es imprescindible entender qué relación ha tenido la sociedad china con el derecho”, pues se precisa comprender “los cuestionamientos básicos que han moldeado el pensamiento político y legal por siglos”.⁸ El discurso oficial concibe a China como históricamente multicultural y en la actualidad reconoce 56 nacionalidades (categoría proveniente del derecho soviético para señalar la relación histórico-cultural de un pueblo);⁹ de

⁸ Robert C. Berring, “Chinese Law & Society (Legal Studies 161)”, Facultad de Derecho de la Universidad de California-Berkeley, <<http://legalstudies.berkeley.edu/files/2013/03/LS-161-Chinese-Law-Society-Berring-Sp13.pdf>>, [Consultado 06/04/2015].

⁹ Teresa Rakowska-Harmstone, “Ethnicity in the Soviet Union”, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 433, Ethnic Conflict in the World Today, (Sep., 1977), p. 74. Cabe aclarar que si bien en castellano la acepción jurídica más frecuente del término nacionalidad hace referencia a la relación de una persona con un estado nación específico, en chino se diferencia claramente esta concepción de la de la diferenciación étnica, pues para la primera existe el término 国籍 (guoji) y para la segunda el de 民族 (minzu). De hecho, la Ley de Nacionalidad de la República Popular China (1980), hace una distinción inequívoca: “中华人民共和国是统一的多民族的国家，各民族的人都具有中国国籍。”

éstas, la mayoría Han representa el 90% de la población y las 55 nacionalidades minoritarias el 10%, que equivale aproximadamente 150 millones de personas y tienen prerrogativas constitucionales específicas.¹⁰

Desde el punto de vista jurídico y en concordancia con el discurso oficial, importantes obras chinas y extranjeras identifican a todo el panorama jurídico con el de los Han.¹¹ En la historia del derecho, los Han y su derecho se vuelven representantes del pasado, del presente y del futuro de la nación. Este artículo, a través del pluralismo jurídico, cuestionará esta concepción sinocéntrica (es decir, centrada en los Han) y analizará ¿qué se observa si se abre el espectro jurídico más allá de los Han?, ¿qué otras normatividades oficiales y no oficiales han sido las más relevantes?

La gran complejidad del tema precisa delimitarlo, por lo que se hará énfasis en los conflictos centro-periferia, temporalmente se remitirá a finales de la última dinastía, la Qing (1636-1911) hasta problemáticas actuales de la República Popular China. De esta forma, el presente escrito bosquejará que en el territorio que hoy ocupa la RPC desde la dinastía Qing (1636-1911) hasta la fecha han coexistido una multiplicidad de órdenes normativos, algunos reconocidos por el poder central y otros no, y cómo esto ha afectado la construcción del derecho actual. Si bien cada caso ameritaría

Artículo 2. La República Popular China es un estado multinacional unitario; las personas que pertenezcan a cualquiera de las nacionalidades en China ostentan la nacionalidad china.

Ley de Nacionalidad de la República Popular China (1980) (中华人民共和国国籍法) (1980年), (Zhonghua Renmin Gongheguo Guojifa), Disponible en <<http://www.lawinfochina.com>>, [Consultado 31/03/2015].

¹⁰ En la Constitución de 1982, los artículos 4, 59, 65, 70, 99.

¹¹ Aunque los ejemplos son muchos, podríamos nombrar a Chen Jianfu, *Chinese Law, Context and Transformation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; Ren, Xin, *Tradition of the law and law of the tradition*, Westport, Greenwood Press, 1997; Chang Wang y Nathan H. Madson, *Inside China's Legal System*, Oxford, Chandos, 2013.

un estudio particular, por limitaciones del espacio sólo se verán las grandes estructuras.

El texto se divide en la siguiente forma: 2. Concepto de pluralismo jurídico; 3. Pluralismo jurídico en la Dinastía Qing; 4. Pluralismo jurídico en la República China; 5. Pluralismo jurídico en la República Popular China; y 6. Conclusiones.

II. CONCEPTO DE PLURALISMO JURÍDICO

Según el proyecto moderno e ilustrado europeo, el Estado es la piedra angular y unidad fundamental de la organización política; a cada Estado-nación corresponde un único sistema normativo, jerárquico, unificado y exclusivo.¹² El derecho, de este modo, es percibido como una expresión de un poder supremo al que está inextricablemente ligado.¹³ No obstante a la popularización de la identidad Estado-derecho, diversos autores consideran que tal vez esto pueda ser cierto en una sociedad cultural y económicamente homogénea,¹⁴ pero “desde la perspectiva legal, como desde cualquier otra, las sociedades aisladas y homogéneas no existen”.¹⁵

Entonces cabe preguntarse cómo es que la identidad Estado-derecho ha sido tan socorrida por juristas en tantas partes del mundo, incluyendo obviamente América Latina. John Griffiths tiene una respuesta.

¹² Libardo Ariza y Daniel Bonilla, “El Pluralismo Jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *El debate sobre el Pluralismo Jurídico*, John Griffiths, Sally Engle Merry y Brian Tamanaha, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Instituto Pensar, 2007; John Griffiths, “What Is Legal Pluralism?” en *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 1986: 1-55.

¹³ Paolo Grossi, *A history of European law*, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2010.

¹⁴ M. Barry Hooker, *Legal Pluralism, An introduction to colonial and neocolonial laws*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

¹⁵ Chris Fuller, “Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought”, en *Anthropology Today*, 1994, 9-12, p. 10.

Abogados, pero también científicos sociales han sufrido de la crónica inhabilidad de ver que la realidad legal del estado moderno no es de ninguna manera ese ideal pulcro, consistente y organizado, tan bien capturado en la común identificación entre derecho y sistema legal, sino que la realidad legal es un *collage* no sistemático de partes inconsistentes y superpuestas, que conllevan a una interpretación difícil, moral y estéticamente ofensivas a la vista del idealista liberal [...]. El *pluralismo jurídico* es un hecho. El centralismo jurídico es un mito [...].¹⁶

En una primera definición, se denomina pluralismo jurídico a la situación en la que en un mismo campo social coexisten e interactúan varios tipos de normatividades provenientes de diversas fuentes.¹⁷ Desde la antropología jurídica, su investigación comenzó con el estudio de sociedades colonizadas donde el colonizador imponía un sistema legal codificado a sociedades con diferentes tradiciones jurídicas usualmente no escritas. En los años setentas del siglo pasado, el concepto se expandió para incluir las interacciones con el aparato jurídico estatal en sociedades industriales,¹⁸ donde los procesos globalizadores engendraron otras manifestaciones de pluralismo jurídico en las que el estado constriñe su poder¹⁹ y los sistemas jurídicos nacional e internacional se ven hondamente influenciados por empresas transnacionales, entes económicos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, entre otros.

Aunque “a oídos modernos esta situación de multiplicidad normativa suene inusual”, Brian Z. Tamanaha señala que historiadores del derecho han mostrado que, por ejemplo, en el caso de Euro-

¹⁶ John Griffiths, *op. cit.*, p. 4, itálicas añadidas.

¹⁷ Sally Engle Merry, “Legal Pluralism”, en *Law & Society Review*, 1988, 869-896; John Griffiths, *op. cit.*,

¹⁸ Franz von Benda-Beckmann y Keebet von Benda-Beckmann, “Change and continuity in plural legal orders”, en *Journal of Legal Pluralism*, 2006, 1-44; Sally Engle Merry, *op. cit.*; John Griffiths, *op. cit.*

¹⁹ Brian Z. Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, en *Sydney Law Review*, 2008: 375-411.

pa esto fue normal por dos mil años;²⁰ Tamanaha cita a Walter Ullmann y su obra *The Medieval Idea of Law*, en la que demuestra que el sistema medieval de derecho positivo era heterogéneo, distinguiéndose tres sistemas promulgatorios, el derecho romano, el derecho canónico y el derecho germánico lombardo; además había un sinnúmero de estatutos de municipalidades y estados independientes, alrededor de los cuales había muchas formas de derecho consuetudinario.²¹

Para este artículo se retomará el pluralismo jurídico fuerte y el pluralismo jurídico débil de John Griffiths. El primero hace referencia a “una situación omnipresente y normal en la sociedad humana”,

[...] en la cual el derecho y las instituciones jurídicas no pueden ser subsumidas en su totalidad dentro de un ‘sistema’, pero que tienen sus fuentes en actividades autorregulatorias de los múltiples campos sociales presentes, actividades que pueden apoyarse, complementarse, ignorarse o frustrarse mutuamente, por lo que el ‘derecho’ que es efectivo en realidad en la ‘base’ de la sociedad es el resultado de patrones de competencia, interacción, negociación, aislamiento, entre otros, enormemente complejos y, en la práctica, usualmente impredecibles.²²

En el caso del pluralismo jurídico débil, el poder central determina diferentes tipos de derecho para diferentes grupos en la población, distinguidos por etnicidad, religión, nacionalidad, geografía, entre otros. En este sistema político hay diversos órdenes jurídicos paralelos, dependientes del estado central y su reconocimiento. Este pluralismo jurídico débil ha sido más trabajado en colonias y post-colonias europeas, pero puede encontrarse en otros casos²³ como el

²⁰ *Ibidem*, pp. 378-379.

²¹ Walter Ullmann, *The Medieval Idea of Law*, 1969, p. 71, citado por, Brian Z. Tamanaha, *ibidem*, pp. 378-379.

²² *Ibidem*, p. 39.

²³ John Griffiths, *op. cit.*, p. 5.

de China, desde la época dinástica a la actualidad. Griffiths añade que la “aceptación formal por el estado de una situación de pluralismo jurídico débil añade una formidable capa de complejidad doctrinal encima de la complejidad normalmente incidental a la supuesta uniformidad del sistema legal estatal”.²⁴

Otro punto importante para utilizar al pluralismo jurídico lo señalan Boaventura de Sousa Santos²⁵, Franz von Benda-Beckmann y Keebet von Benda-Beckmann²⁶, quienes hacen hincapié en que el pluralismo jurídico es un concepto sensibilizador, no explicativo, por lo que debe complementársele con otros análisis teóricos para comprender las complejidades de los cuerpos normativos y sus interrelaciones. Tomando en cuenta lo anterior, el análisis de este texto utilizará al pluralismo jurídico fuerte y débil de Griffiths, complementándolo con un cuestionamiento al sinocentrismo, el cual se explicará en la siguiente sección.

Se denominará *normatividad oficial* a aquellas formas de regulación y solución de controversias ligadas con el estado o con un poder central específico y que suelen estar codificadas. La *normatividad no oficial* se utilizará durante Qing para aquellas formas de regulación que no dependen del Estado ni de sus oficiales para ser impartidas; en el periodo republicano, también se utilizará para hacer referencia al Partido Comunista de China, que aunque forma parte del poder central, opera fuera de las leyes (o más bien, por encima de éstas).

III. PLURALISMO JURÍDICO EN LA DINASTÍA QING (1636-1911)

En el territorio que actualmente conforma la República Popular China a lo largo de más de cuatro mil años se han desarrollado múltiples culturas, en el centro oriente a un conjunto de ellas se

²⁴ *Ibidem*, p. 7.

²⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a new common sense: Law, science, and politics in the paradigmatic transition*, NY, Routledge, 1995.

²⁶ Franz von Benda-Beckmann y Keebet von Benda-Beckmann, *op. cit.*

ha llamado el Reino del Medio o el Reino Central (中国) que se ha traducido como China. En 1911, la República denominó *China* a todo el Estado-nación, subsumiendo todas las culturas del territorio. Por lo tanto, para distinguir al *todo* de la *parte*, denominaremos anacrónicamente a este conjunto cultural del centro oriente y a sus habitantes como *Han* (concepto que se explicará más adelante).

Desde hace más de tres mil años, ya existía la idea de la unificación del territorio (中国统一)²⁷ de la Planicie Central. Por más de dos mil quinientos años, los Han construyeron una relación centro-periferia, según la cual, la cultura confuciana era el eje del que emanaba la civilización y los cambios; en su periferia se localizaban diversos grupos étnicos, a quienes identificaban como bárbaros y extranjeros, los cuales —dentro de esta narrativa— deberían ser receptores de la cultura confuciana. Así, la identidad y diferencia se establecía por bases culturales, más que étnicas.²⁸ Si un extranjero o un bárbaro adoptaba la cultura confuciana, se civilizaba, es decir, se sinizaba.

Durante el imperio (221 a.n.e. - 1911) hubo varias dinastías con diversos orígenes étnicos,²⁹ en el siglo XX, la Escuela de la Sinización (Sinicization School), consultando obras en chino, sostenía la idea de que cuando grupos no Han estaban al frente del imperio, éstos invariablemente adoptaban la cultura Han para controlarlo.³⁰

²⁷ Ge Jianxiong, *Unidad y división. Ideas de Ceng Dingban sobre la historia de China* (统一与分裂。中国历史的启示- 曾订版), Beijing, Zhonghua shuju, 2008, p. 6; *apud* por Ivonne Campos Rico, *Los Han en la sociedad multiétnica de la dinastía Qing. Mecanismos de construcción-reconstrucción de la identidad étnica Han en el siglo XIX*, Tesis de Doctorado, El Colegio de México, 2012, p. 50.

²⁸ Dru C. Gladney, *Dislocating China*, Hong Kong, University of Chicago Press, 2004; Evelyn S. Rawski, "Presidential Address: Reenvisioning the Qing: The Significance of the Qing Period in Chinese History", en *The Journal of Asian Studies*, Vol. 55, No. 4, noviembre, 1996, 829-850.

²⁹ Las Dinastías Xia Occidental (1038-1227), Liao (907-1125), Jin (1115-1234), Yuan (1271-1368) y Qing (1644-1911). Evelyn S. Rawski, *op. cit.*, 837.

³⁰ *Ibidem*, p. 837.

No obstante, la Escuela de la Nueva Historia Qing (New Qing History School), recurrió a archivos en manchú, mongol y tibetano para darse cuenta que en la dinastía Qing (1936-1911), el poder político era negociado y construido, por lo que la sinización total era un mito.³¹ A pesar de la relevancia de estas investigaciones, desde la historia del derecho aún se observa una marcada tendencia hacia tener a los Han como única referencia jurídica.

Entonces, siguiendo la segunda corriente histórica, la dinastía Qing fue un imperio multiétnico de origen manchú, grupo originario del norte, quienes reconfiguraron las provincias Ming (1368-1644) y expandieron este territorio a más del doble, pues para 1760, se incluía al noroeste lo que se conocería como Manchuria; al norte, la actual Mongolia; al oeste Xinjiang y el Tíbet, y en el sureste lo que hoy es Taiwán.³² Esta expansión se apoyaba en fuertes bases militares que se volvieron imprescindibles para su idea de imperio; el énfasis en la guerra se debía a dos causas, evitar el error Ming de centrar demasiado su poder en lo civil permitiendo el desafío a la autoridad, así como para establecer ciertas preferencias culturales entre los diversos pueblos que regían; para Joanna Waley-Cohen “más que buscar atraer a sus súbditos de Asia Central a la órbita de la civilización China [Han], los Qing buscaban promover valores asociados con las culturas de Asia Central entre sus súbditos”, “un proceso opuesto a la sinización”.³³ El éxito gubernamental manchú obedeció a que “involucraron instituciones y procedimientos desco-

³¹ Cfr. Evelyn S. Rawski, *op. cit.*

³² Willard J. Peterson, *The Cambridge History of China, Volume 9, Part One: The Ch'ing Empire to 1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 7.

³³ Waley-Cohen, Joanna, “Changing spaces of empire in eighteenth-century Qing China”, en Nicola di Cosmo y Don J. Wyatt (eds.), en *Political frontiers, ethnic boundaries and human geographies in Chinese History*, London y New York, Routledge Curzon, 2003, pp. 325-326

nocidos por el sistema de gobierno Ming”.³⁴ Esto también aplicó para las instituciones jurídicas.

Pues desde el área legal, los Qing —como otros imperios— tenían un sistema jurídico compuesto por un ordenamiento central que reconocía diversas normatividades regionales (el pluralismo jurídico débil de Griffiths). De entre los diversos pueblos bajo su mando, el imperio favoreció a quienes habían sido sus aliados y no los forzó a su asimilación, lo cual se materializó en una doble política en la que el emperador, por un lado, se identificaba como el regente de Manchús, Mongoles, Tibetanos, Uigures y los Han (los llamados *Cinco Pueblos*) y buscaba mantenerles sus fronteras culturales y legales, lo que también hizo con los musulmanes;³⁵ pero, por otra parte, este acercamiento no era compartido con la diversidad étnica del sur y sureste, según Leo Shin la experiencia en esta región “es sin duda un historia de colonización y aculturación”.³⁶

Como señala Lauren Benton y Richard J. Ross, la normatividad regional en los imperios no implica “conjuntos de esferas legales con límites y pulcramente apilados”, sino todo lo contrario, “adaptaciones legales compuestas [...] con jurisdicciones públicas y privadas superimpuestas, caracterizadas por una reestructuración continua”.³⁷ Este es el caso de los *Cinco Pueblos*, donde el respeto legal ya mencionado fue más bien retórico, pues a fin de mantenerse como centro de autoridad secular, los Qing fueron eliminando

³⁴ Willard J. Peterson, *op. cit.*, 2002, p. 7

³⁵ Evelyn S. Rawski, *op. cit.*; Qin, Zheng y Guangyuan Zhou, “Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code”, en *Modern China*, 1995, pp. 310-344; Pamela Crossley, *op. cit.*

³⁶ Leo K. Shin *The making of the Chinese state: ethnicity and expansion on the Ming borderlands*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 5

³⁷ Lauren Benton y Richard J. Ross, “Empires and Legal Pluralism, Jurisdiction, Sovereignty, and Political Imagination in the Early Modern World”, en Lauren Benton y Richard J. Ross (eds.), *Legal pluralism and empires, 1500-1850*, NYU Press, 2012, p. 4.

fuentes autónomas de poder y prestigio.³⁸ Un ejemplo es el caso de la influencia del derecho Han en el mongol, promovida desde el trono imperial. Dorothea Heuschert señala que “[e]l derecho mongol cambió completamente durante la dinastía Qing”; con anterioridad había una gran diversidad de normatividades que los Qing fueron formalizando al incorporar gradualmente a elementos mongoles códigos escritos, nuevos términos, instituciones, procedimientos, entre otros. El trasplante del derecho Han se incrementó durante toda la dinastía, hasta el punto que en el siglo XIX no hubo necesidad de proclamar un código mongol.³⁹

Otra forma de pluralidad jurídica reconocida por el gobierno central —o más bien forzada a reconocer— ocurrió en el siglo XIX, durante el decline multifactorial de los Qing. Pues tras las Guerras del Opio (1839-42) con Gran Bretaña, China se vio obligada a firmar una serie de tratados —los tristemente célebres *Tratados desiguales*— “que reestructurarían la relación de occidente [y otras potencias] con China por un siglo”.⁴⁰ La creencia de la superioridad de la civilización y el derecho occidental así como los intereses económicos de las potencias, consideraron a China como “incivilizada”, por lo que la excluyeron de la familia de las naciones, forzando la aplicación del derecho extranjero en territorio chino.⁴¹ “Comenzando por la concesión básica de jurisdicción consular en los tratados de 1842-4, por la acumulación de acuerdos formales forzados a China o por la aserción unilateral del privilegio, todo ‘el

³⁸ Evelyn S. Rawski, *op. cit.*, pp. 835-836.

³⁹ Dorothea Heuschert, “Legal Pluralism in the Qing Empire: Manchu Legislation for the Mongols”, en *The International History Review*, Vol. 20, No. 2 Jun., 1998, 310-311, p. 323.

⁴⁰ Teemu Ruskola, “Colonialism without colonies, On the extraterritorial jurisprudence of US courts for China”, en *Law and contemporary problems*, 2008, 217-242, p. 219.

⁴¹ Teemu Ruskola, “Legal Orientalism”, en *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, 179-234.

asentamiento extranjero' estaba esencialmente exento de la jurisdicción china".⁴² Los casos más extremos fueron las conversiones de Hong Kong en colonia británica en 1842 y de Macao en colonia portuguesa en 1887.

Finalmente, en 1911 la dinastía Qing sucumbió a grandes presiones internas, dando paso a la era republicana. La primera mitad del siglo XX fue turbulenta, con gran inestabilidad política, invasiones, guerras civiles, revueltas e independencias, donde hubo un pluralismo jurídico muy acentuado, tanto *de jure* como *de facto*.

IV. PLURALISMO JURÍDICO EN LA REPÚBLICA CHINA (1912-1949)

Al construir el Estado-nación, el término Han fue usado por Sun Yat-sen (1866-1925) para movilizar a los norteños hablantes del mandarín, a los mercaderes de Zhejiang y Shanghai en un grupo que se opondría a los "forasteros internos' dentro de sus fronteras, los manchús, los tibetanos, los mongoles y los hui, así como a los 'forasteros externos' de las fronteras, a saber, los imperialistas Occidentales".⁴³ El concepto Han, que ahora denota a la mayoría étnica en la RPC, data de 1907, cuando Zhang Binglin lo hizo "sinónimo de la 'Nación China (中华民族)', denotando tanto el lazo de 'parentesco racial' de los chinos [Han] como sus lazos con la tierra";⁴⁴ es decir, los reformadores se adaptaron a un concepto europeo racial, donde los Han se volvieron "una gran familia que descendía del Emperador Amarillo".⁴⁵

⁴² Denis Twitchett y John K. Fairbank, *The Cambridge History of China, Republican China 1912-1949*, Part 1, NY, Cambridge University Press, 1983, 150.

⁴³ Dru Gladney, *op. cit.*, 15, 13.

⁴⁴ Frank Dikötter, *The Construction of Racial Identities in China and Japan, Historical and Contemporary Perspectives*, Honolulu, University of Hawai'i Press, 1997, p. 50.

⁴⁵ Shahid M. Alam, "Articulating group differences: A variety of autocrisms", *Science and Society*, Vol. 67, No 2, 2003, p. 215.

Desde el punto de vista del sistema jurídico estatal, el primero de enero de 1912 se estableció la República China bajo el liderazgo de Sun Yatsen; las leyes Qing se declararon vigentes a menos que fueran derogadas o modificadas por nuevas leyes o por ser contrarias a la República, y en marzo se promulgó la Constitución Provisional de 1912 (中华民国临时约法), primera de una serie de documentos constitucionales de vigencia breve y disputada (1914, 1923, entre otras).⁴⁶ Chen Jianfu señala que “[e]n lugar de volverse un país unificado bajo una Constitución, China se dividió por caudillos militares y dominada por feudalismo militar”.⁴⁷ Éstos se disputaban el control territorial,⁴⁸ en especial de la capital y los poderes occidentales reconocían a quien la dominara.⁴⁹ La Década de Nanjing (1927-1937), periodo de gran progreso, jurídicamente fue muy importante ya que no sólo recuperó y continuó los trabajos de codificación Qing que se orientaban al derecho romano-germánico, condensándolos en los *Seis Códigos* de la República y en el establecimiento de un sistema judicial, sino que sentó las bases que posteriormente servirían de referente tanto para el gobierno en Taiwán como el comunista de China continental.⁵⁰

⁴⁶ Casi al final de la caída de la dinastía, se promulgaron dos constituciones que nunca fueron aplicadas: 钦定宪法大纲 en 1908 y 宪法重大信条十九条 en 1911.

⁴⁷ Chen Jianfu, *Chinese Law, Context and Transformation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 81.

⁴⁸ Un ejemplo de estos caudillos militares es Yan Xishan (1883 – 1960) quien gobernó Shanxi de 1911 a 1949. No obstante a un gobierno con corrupción y favorecedor a los intereses de la *gentry*, fue llamado *el gobernador modelo* porque evitó la guerra en la región, promovió reformas sociales como la prohibición de los pies vendados, educación modesta para las mujeres, medidas sanitarias, entre otras. Twitchett y Fairbank, *op. cit.*, p. 290.

⁴⁹ Gregory Veek, *et al.*, *China's geography : globalization and the dynamics of political, economic, and social change*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011, p. 79.

⁵⁰ Franz Michael, “The Role of Law in Traditional, Nationalist and Communist China”, *The China Quarterly* (1962): 124-148; Chen, *op. cit.*, 2008.

Con respecto a los poderes occidentales y sus normatividades, sus privilegios, concesiones, extraterritorialidad y ocupación territorial, siguieron diferentes caminos; unos se fueron dando por terminado —por ejemplo, la Revolución de Octubre de 1917 conllevó a la renuncia de la extraterritorialidad y en Hankou y Tianjin, al cierre de los consulados y las concesiones zaristas;⁵¹ otros continuaron hasta finales de la Segunda Guerra Mundial como parte de los acuerdos de los aliados con los comunistas chinos para contribuir a la derrota de Japón, otros más permanecieron hasta finales del siglo XX.

Entre las normatividades fuera del poder estatal, por una parte, estaban los mencionados caudillos militares luchando por el poder, por lo que se encontraban en situaciones cambiantes de legalidad e ilegalidad.⁵² El Partido Comunista de China estableció en 1931 el sistema básico gubernamental de la República Soviética de China (1931-1934) en Jiangxi, la cual incluso contaba con *Lineamientos Constitucionales de la República Soviética China* (中华苏维埃共和国宪法大纲).⁵³ Más tarde, en la Región Fronteriza Shaanxi-Gansu-Ningxia (1937-1949) también adoptaron un documento constitucional *Principios Constitucionales de la Región Fronteriza Shaanxi-Gansu-Ningxia* (陕甘宁边区宪法原则). Esta experiencia legal y política sería primordial para el gobierno comunista de la RPC.

En cuanto a la diversidad étnica, si bien cabe resaltar que en el artículo tercero de la *Constitución Provisional* de 1912 se reconocía que la República comprendía 22 provincias, Mongolia Interior, Mongolia

⁵¹ Twitchett y Fairbank, *op. cit.*, p. 290.

⁵² Aunque reconozco que en este contexto la dualidad *legal-illegal* es muy tajante, recurro a ella aquí para mostrar precisamente las fluctuaciones de la situación político-legal china.

⁵³ Shaochuan Leng “The role of law in the People’s Republic of China as reflecting Mao Tse-Tung’s influence”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1977, 356-373, p.359.

Exterior y Qinghai⁵⁴ (Xinjiang había sido declarado provincia en los últimos años de Qing), no obstante, como señala Nakami Tatsuo “la lealtad a la Dinastía Qing no se transformó automáticamente en la lealtad a [la República] China”. La desintegración Qing no sólo liberó a los chinos, también a los manchús, mongoles, uigures y tibetanos; así que el Dalai Lama, cabeza de la secta *dGe Lugs pa*, regresó del exilio en la India, y volvió independiente *de facto* al Tíbet hasta 1950; Xinjiang se adentró en la esfera del control ruso y proclamó fallidamente la República de Turquestán del Este en 1933, 1944 y 1949.⁵⁵ Mongolia se independizó en 1911 y proclamó una frágil República en 1912; tras continuos enfrentamientos con chinos y, gracias al apoyo ruso, finalmente Mongolia Exterior se volvió República en 1924. Manchuria, por su parte, con el apoyo japonés, creó una monarquía constitucional entre 1932–1934, encabezada por el Puyi, el último emperador Qing.

La gran inestabilidad social hizo que el derecho estatal tuviera una limitada aplicación, por lo que es previsible que en muchos lugares se siguieran aplicando las normatividades locales,⁵⁶ e incluso que se siguiera aplicando el derecho Qing (como en Mongolia Exterior tras la independencia).⁵⁷

V. REPÚBLICA POPULAR CHINA (1949-)

Cuando el Partido Comunista de China subió al poder en 1949, tenía la enorme tarea de construcción y reconstrucción social, política y económica. Por primera vez, comenzó un proceso de verdadera

⁵⁴ La cita textual señala “第三条 中华民国领土为二十二行省、内外蒙古、西藏、青海。” *Cnfr.* <<http://www.gongfa.com/linshiyuefa.htm>> ,(Visitado 06/11/2014).

⁵⁵ Rawski, *op. cit.*, 840-841.

⁵⁶ Para el Tíbet *cnfr.* S.Y. Li, “Tibetan Folk-Law”, en *Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland*, 1950,127-148, 1950.

⁵⁷ *Cnfr.* Heuschert, *op. cit.*,1995.

unificación del territorio y también del sistema legal centralizador del poder, aunque hasta la fecha sigue observándose un pluralismo jurídico, tanto débil como fuerte (Griffiths).

La organización jurídica de los comunistas comenzó con el *Programa Común de la Conferencia Política Consultiva del Pueblo Chino*, 1949 (中国人民政治协商会议共同纲领), que haría las veces de documento constitucional hasta que en 1954 se proclamara la primera Constitución para un Estado multinacional y unificado.⁵⁸ No obstante, la consolidación de este incipiente sistema jurídico sería interrumpida por el *Movimiento Antiderechista* de 1957, el *Gran Salto Adelante* (1958-1961), la *Gran Revolución Cultural Proletaria* (1966 a 1976) entre otros. En este tiempo se promulgaron dos Constituciones más en 1975 y 1978, con una efectividad limitada.⁵⁹

La estrecha relación entre el Partido y el sistema jurídico se hizo patente a finales de los setenta cuando un cambio de las líneas partidistas y de sus líderes implicó abandonar las luchas ideológicas para buscar el desarrollo económico. La *Reforma y la Apertura* de 1978 dio paso a la renovación del sistema jurídico, donde el derecho serviría como herramienta para alentar la economía. El cambio de época precisaba una nueva Constitución,⁶⁰ por lo que se promulgó una en 1982 (la vigente). En los siguientes 30 años, China, a diferencia

⁵⁸ Ésta, según Mao Zedong condensaba la experiencia del pasado, los primeros cinco años de la RPC, su lucha y experiencia, así como los documentos constitucionales de Qing, de los caudillos militares y de los nacionalistas. *Cnfr.* Mao, Z., *On the Draft Constitution of the People's Republic of China*, 1954, Retrieved from Marxist Internet Archive, <http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_37.htm>, (Visitado 10/11/2014).

⁵⁹ *Cfr.* María Beatriz Juárez Aguilar, “Más que sólo salarios bajos: El derecho chino como herramienta para el desarrollo económico”, en José Ignacio Martínez Cortés (ed.), *América Latina y el Caribe-China, Relaciones Políticas e internacionales*, Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, 2013, 451-472.

⁶⁰ Siguiendo la teoría del derecho soviético, el derecho y la constitución se transforman de acuerdo a los cambios socio-políticos en el transcurso de la sociedad hacia su destino. A. Vishinsky, *The Law of the Soviet State*, New York, The MacMillan Company, 1961.

de los países neoliberales, experimentaría un rápido crecimiento económico sustentado por un gobierno fuerte, sin deuda externa y un sistema jurídico en construcción, pero dinámico y maleable, siguiendo el principio maoísta de flexibilidad y el dengista de ensayo-error y en pos de un sistema jurídico socialista con características chinas.⁶¹

1. PLURALISMO JURÍDICO DÉBIL

Ahora veamos el pluralismo jurídico débil y fuerte. En el caso del pluralismo jurídico débil, éste también ha estado estrechamente relacionado con la unidad política; aquí encontramos algunos patrones persistentes desde Qing a través de una diversidad de culturas jurídicas ahora concretada en regiones autónomas y a las excolonias ahora a través de la política un *País Dos Sistemas*.⁶² A continuación se enumeran los diferentes espacios jurídicos que orbitan bajo un mismo poder central, pero observan diferencias legislativas, ejecutivas y judiciales, a nivel horizontal y nivel vertical. Las áreas autónomas se discutirán un poco más detalladamente.

A) Las provincias y las municipalidades directamente bajo la administración central: éstas más que la excepción son la regla.

B) Regiones Administrativas Especiales: bajo la política de un *País Dos Sistemas*, originalmente ideada en 1979 para una posible reunificación con Taiwán, tiene el objetivo de que una unidad administrativa retenga su sistema jurídico, así como sus lazos culturales y económicos.⁶³ Este concepto se aplica a

⁶¹ Cfr. Juárez, *op. cit.*, 2013.

⁶² Los numerosos tratados internacionales que ha firmado China en un principio también forman parte de este pluralismo jurídico oficial. Para un análisis sobre aquéllos de naturaleza comercial. Cfr. Juárez, *op. cit.*

⁶³ Jianfu Chen, *op. cit.*

Hong Kong (reincorporado en 1997) reteniendo su sistema jurídico de *common law* y a Macao (reincorporado en 1999), con su sistema romano-germánico. Empero, Ignazio Castellucci reconoce que ahora hay un movimiento de introducción de instituciones y derecho socialistas por parte del gobierno central.⁶⁴ De esto inferimos que el sistema socialista está por encima de los otros dos. Particularmente al hablar de Hong Kong, Elsie Leung señala que legalmente las autoridades centrales de la RPC tienen facultades más allá de la defensa y sobre asuntos internacionales; por ejemplo, la facultad de reformar la Ley Básica corresponde a la Asamblea Popular Nacional y el de interpretarla, al Comité Permanente de Asamblea Popular Nacional,⁶⁵ ambos órganos centrales del poder político y jurídico en Beijing.

c) Zonas Económicas Especiales: en éstas prepondera el derecho como herramienta de la economía y son una suerte de laboratorios económicos y legales, designados “para proveer desarrollo económico y posiblemente, modelos para su posterior reproducción”. Destacan Shenzhen, Zhuhai, Shantou, Xiamen, Kashi, Hainan, Dalian, Qinhuangdao, Tianjin, Qingdao, Lianyungang, Nantong, Shanghai, Ningbo, Fuzhou, Zhanjiang, Guangzhou y Beihai.

d) Áreas autónomas: se componen de la Región Autónoma de Mongolia Interior, la Región Autónoma Uygur de Xinjiang, la Región Autónoma Zhuang de Guangxi, la Región Autónoma Hui de Ningxia y la Región Autónoma del Tíbet; así como

⁶⁴ Castellucci, Ignazio: “Rule of law with Chinese characteristics”, en *Annual Survey of International & Comparative Law*: Vol. 13, 35-92, p. 76.

⁶⁵ *Cnfr.* E. Leung, *Understanding One Country, Two Systems through Hong Kong's Constitutional Development*, mayo 29 de 20104, Retrieved from Departamento de Justicia de la Región Especial Administrativa de Hong Kong: <<http://www.doj.gov.hk/eng/archive/pdf/sj20040529e.pdf>>.

prefecturas autónomas, distritos autónomos y cantones de nacionalidades minoritarias.

Aquí, el Partido Comunista de China adaptó la teoría marxista-leninista sobre el fenómeno de la etnicidad (la cuestión nacional) como un fenómeno histórico que desaparecería con la victoria del comunismo, cuando la cultura y la economía de las nacionalidades⁶⁶ se desarrollaran a un nivel tan alto que las volvieran indistinguibles.⁶⁷ Según esta teoría, la integración de esta diversidad mezclaría las características de todas las nacionalidades; no obstante, son las características de los Han las que se espera sean adoptadas por el resto,⁶⁸ ya que los Han fueron colocados “a la ‘vanguardia’ de la revolución del pueblo”, es decir “al frente del desarrollo y la civilización”.⁶⁹ Así se alcanzó un alto grado de compatibilidad entre la actitud sinocéntrica hacia los pueblos no Han y la teoría marxista-leninista.⁷⁰ En consistencia con los *Cinco Pueblos en Qing*, se reconocieron Mongolia Interior, el Tíbet, Xinjiang y se añadieron

⁶⁶ En el derecho soviético, *nacionalidad* hace referencia a la relación histórica y cultural de un pueblo; en chino se denomina *minzu* (民族), el cual tiene otros significados (raza, etnia, pueblo). En su acepción relativa a las nacionalidades diferentes a la Han (少数民族) varía su traducción dependiendo del contexto; aunque es común encontrarsele como *minoría étnica*, desde el punto de vista jurídico se debe traducir como nacionalidad minoritaria porque éstas gozan prerrogativas constitucionales (por ejemplo, en la Constitución de 1982, los artículos 4, 59, 65, 70, 99). De esta forma, legalmente hay minorías étnicas —por ejemplo los Sherpas— que no son una Nacionalidad.

⁶⁷ Shuping Wang, “The People’s Republic of China’s Policy on Minorities and International Approaches to Ethnic Groups: A comparative Study”, en *The International Journal on Minority and Group Rights*, 2004, <<http://www.iijl.org/publications/booksarticles.asp>> [Consultado 03/2013].

⁶⁸ J. Dreyer, *Minority Nationalities and National Integration in the People’s Republic of China*, Massachusetts, Harvard University Press, 1976.

⁶⁹ Gladney, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ George Moseley, *The Party and the National Question*, EUA, MIT Press, 1966.

dos más, Guangxi y Ningxia, constituyendo una periferia alrededor del centro Han.

En la teoría soviética jurídica, en las regiones autónomas se permitiría la manifestación de las características de las nacionalidades, a través de una implementación gradual de las políticas nacionales⁷¹ y de la máxima capacidad de autogobierno reconocida en la Constitución de 1982 (capítulo 3, sección 6). No obstante, la investigación de Yash Ghai y Sophia Woodman indica que hasta 2009 estas prerrogativas legislativas no habían sido ejercidas en las regiones autónomas, porque la autoridad central les impone controles más fuertes que a provincias o municipalidades, claramente en contra del mandato constitucional.⁷² Si bien el artículo 114 constitucional señala que el presidente de una región autónoma, el prefecto de una prefectura autónoma y el jefe de distrito autónomo deben corresponder a ciudadanos de la nacionalidad que ejerce autonomía en el área señalada,⁷³ el poder real suele estar en el líder del Partido local suele ser Han,⁷⁴ siendo esta otra forma de control central, por ejemplo en el Tíbet el actual gobernador es el tibetano Losang Gyaltzen, pero el Secretario del Partido es Chen Quanguo quien es Han y respectivamente en Xinjiang el gobernador es Nur Bekri de nacionalidad uygur, pero el Secretario del Partido es Zhang Chunxian, también Han.⁷⁵

Desde el punto de vista de la autoridad central, “la principal tarea del ‘trabajo de nacionalidades’ es el desarrollo económico de

⁷¹ Dreyer, *op. cit.*

⁷² Ghai y Woodman, *op. cit.*, pp. 43-44, 45.

⁷³ La versión original establece:

第一百一十四条 自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的人民担任。

⁷⁴ Ghai y Woodman, *op. cit.*, 45.

⁷⁵ Shannon Tiezzi, “China’s Prescription for ‘Improving Ethnic Work’”, December 24, 2014, *The Diplomat*, <<http://thediplomat.com/2014/12/chinas-prescription-for-improving-ethnic-work/>> [Consultado 15/02/2015].

las ‘atrasadas’ áreas de nacionalidades de acuerdo con el ‘avanzado’ modelo Han establecido por el estado chino”,⁷⁶ en un claro regreso a las políticas pre-modernas. Otros puntos de vista del gobierno central señalan que los trabajos y la diferenciación de necesidades de las nacionalidades minoritarias carecen ya de sentido debido a que éstas se han desarrollado tanto que son indistinguibles de los Han, por lo que ahora sólo se necesita el desarrollo económico general. No obstante, es constatable que el mero desarrollo económico se ha mostrado insuficiente. Pues ante la acción popular urbana y rural que busca limitar el poder y la corrupción de oficiales locales o corregir injusticias, desde el imperio y hasta la fecha, el gobierno ha respondido con represión o apaciguamiento, pero en las áreas fronterizas —según Pamela Kyle Crossley—, donde hay una mayor diversidad étnica, su respuesta tiende “más a la represión violenta y mucho menos hacia las concesiones civiles”.⁷⁷ Esto se ha podido constatar en el Tíbet y en Xinjiang, donde a pesar del creciente desarrollo económico y las fuertes inversiones en infraestructura, continúan protestas, inmolaciones, ataques y asesinatos entre civiles. Para el gobierno ambas problemáticas son acentuadas por la constante amenaza de que fuerzas hostiles extranjeras apoyen la separación de estos territorios; en años recientes, el discurso gubernamental y la nueva legislación, especialmente en Xinjiang, ahora se enmarcan dentro del combate al terrorismo, lo cual sólo ha acentuado los roces.⁷⁸

⁷⁶ Ghai y Woodman, *op. cit.*, p. 44-45.

⁷⁷ Pamela Kyle Crossley, *The Wobbling Pivot, China since 1800*, Oxford, Wiley-Boackwell, 2010, p. 9.

⁷⁸ Para una introucción sobre los problemas en el Tíbet, revisar Hillman Ben, “Development with Tibetan characteristics”, en *East Asia Forum*, 1 febrero 2010, <<http://www.eastasiaforum.org/2010/02/01/development-with-tibetan-characteristics/>>, [Consultado 15/02/2015]. Sobre Xinjiang, Ildikó Bellér-Hann, “Violence in Xinjiang: indicative of deeper problems?”, en *East Asia Forum*, 30 marzo 2012, <<http://www.eastasiaforum.org/2012/03/30/violence-in-xinjiang-indicative-of-deeper-problems/>> (Visitado 15 /02/2015) Otra tensión centro-periferia

2. PLURALISMO JURÍDICO FUERTE

Aquí sobresalen dos tipos, las normatividades relacionadas con la diversidad étnica y el Partido Comunista de China. Nos referiremos muy brevemente al primero para ahondar más en el segundo. Wang Qiliang nos recuerda que China es una sociedad multiétnica y con múltiples religiones; a pesar del control estatal sobre los cultos, en ciertas localidades la religión es una forma muy importante de control social y de solución de controversias que se entreteje con otras normatividades, incluyendo la estatal.⁷⁹ Un ejemplo, son las investigaciones de Fernanda Pirie en el altiplano tibetano, donde a pesar del fuerte control que ejerce el estado (regulando el comercio, el desarrollo económico, derechos de propiedad, tamaño de la familia, así como de la impartición de justicia), los tibetanos nómadas aún tienen una fuerte identidad tribal, donde acuden a sus propias formas de solución de controversias en las que los líderes religiosos juegan un papel primordial, no importando si el asunto es de competencia exclusiva de las autoridades centrales.⁸⁰

El caso del Partido Comunista de China es de particular relevancia porque está en la cúspide del poder político, pero fuera del sistema jurídico, o más bien, por encima de él. Desde la teoría del derecho soviética, en el estado socialista el derecho es la voluntad de la clase obrera y sus aliados, se vuelve un instrumento auxiliar de la voluntad política, una herramienta para implementar la política

—aunque no por cuestiones étnicas— es el caso de las recientes protestas en Hong Kong. Peter Kong Cai, “Hong Kong protests about economics as much as democracy”, en *East Asia Forum*, 10 octubre 2014, <<http://www.eastasiaforum.org/2014/10/10/hong-kong-protests-about-economics-as-much-as-democracy/>> [Consultado 15 /02/2015].

⁷⁹ Wang Qiliang, “Religion, legal pluralism, and order in a multiethnic society: A legal-anthropological study in contemporary China”, en *Journal of Legal Pluralism*, 59, 2009, 1-27.

⁸⁰ F. Pirie, “Legal complexity on the Tibetan plateau”, en *Journal of Legal Pluralism*, 2006, 77-99.

del Partido.⁸¹ Desde la primera Constitución de la RPC en 1954, se reconoció el liderazgo del Partido, pero como Mao Zedong creía en el principio de flexibilidad (soluciones específicas para casos específicos) y en la pureza del Partido, era más adecuado no limitarlo, por lo que la política sería la que determinara derechos y obligaciones y no la ley.⁸²

A la fecha, el preámbulo de la Constitución vigente también reconoce el liderazgo del Partido y también expertos señalan que éste tiene “un rol clave en determinar la dirección general de la legislación” donde se supone que todas las leyes deben reflejar las políticas del Partido Comunista de China”.⁸³ Este caso de pluralismo jurídico correspondería a lo que Merry encuadra en “el modo en que órdenes constituyentes crean la ley estatal [...] cómo grupos en el poder buscan controlar el derecho estatal y moldearlo a sus propios intereses al mismo tiempo que son limitados por los órdenes normativos plurales de los que son parte”.⁸⁴ Porque hay que recordar que el Partido no es homogéneo en la cúspide ni en las bases, por lo que su influencia política varía de lugar a lugar y de tema en tema.

Recientemente, el Partido ha señalado como uno de sus principales objetivos a corto plazo la necesidad de mejorar su sistema jurídico. Esto se constató en octubre de 2014, en la Cuarta Sesión Plenaria del 18° Comité Central del PCC, donde se señalaron varias tareas a seguir para alcanzar el Estado de derecho socialista, entre las cuales se señalan el fortalecimiento de la Constitución, la profesionalización de la administración de la justicia, la promoción de la transparencia de asuntos gubernamentales, mecanismos que examinen la legitimidad de la toma de decisiones y la toma de responsabi-

⁸¹ Vishinsky, *op. cit.*, 1961.

⁸² *Cnfi*: Juárez, *op. cit.*, 2013.

⁸³ Yash Ghai y Sophia Woodman, “Unused Powers: Contestation over Autonomy Legislation in the PRC”, en *Pacific Affairs*, 2009, 29-46, p. 45.

⁸⁴ Merry, Sally Engle, *op. cit.*, p. 394.

lidades en caso de decisiones erróneas, la promoción de educación jurídica entre la población, el respeto a los derechos humanos en los procesos, entre otros.⁸⁵ Sin embargo, la situación de las nacionalidades minoritarias fue omitida de esta discusión y de estas perspectivas. Permitir el libre ejercicio de lo que ya está establecido constitucionalmente, posiblemente ayudaría a la distensión de conflictos en Xinjiang y el Tíbet. El problema central es que en el imaginario estatal, los Han son el pasado, el presente y el futuro de China.

VI. CONCLUSIONES

El pluralismo jurídico es una herramienta metodológica que ayuda a comprender la interacción de órdenes normativos y, sobre todo, resulta muy útil para visualizar la gran heterogeneidad que ha existido en China. A través de este recorrido de la historia del derecho chino dislocando a los Han y al derecho oficial como centro, hemos visto que efectivamente es un *collage* no sistemático de partes inconsistentes y superpuestas en cuatro escalas: la local, la regional, la nacional y la internacional.

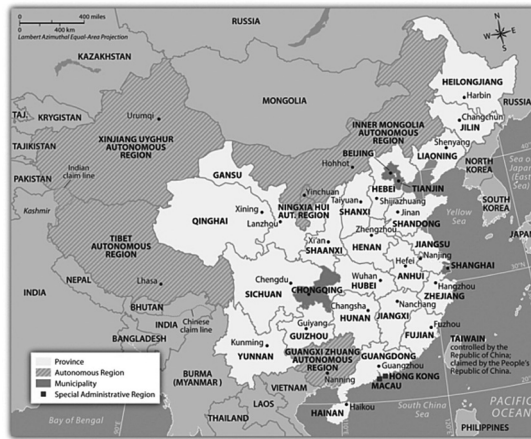
Si bien la problemática identificación entre los Han y la nación ha sido ampliamente estudiada desde la antropología, la historia y la sinología, desde estudios jurídicos aún no ha sido muy abordada, por lo que la secuencia *Código Tang - Código Ming- Código Qing - República* se considera válida para toda la nación desdeñando la experiencia, el conocimiento y la realidad de otras culturas jurídicas regionales. Esta negación y la voluntad jurídica centralizante son con seguridad dos de las causas de problemas que las periferias han presentado hasta la fecha (Tíbet, Xinjiang, Hong Kong y Taiwán). Específicamente que en el imaginario estatal, sus políticas y su derecho, los Han son el pasado, el presente y el futuro de China.

⁸⁵ *Cnfr.* XINHUA, 中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议公报, 2014年10月23日. Disponible en <<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1023/c64094-25896724.html>>, [Visitado el 10/01/2015].

El pluralismo jurídico también visualiza al Partido Comunista de China y su influencia en el sistema jurídico en China, éste es una variable importantísima que los análisis formales —chinos como extranjeros— suelen dejar de lado.

Desde México, conocer al derecho chino nos brinda la oportunidad de abrir nuestros horizontes a un sistema jurídico que ha cambiado por sus propias dinámicas y no sólo a través de la imposición externa; un sistema jurídico en el que Europa sólo ha tenido un papel periférico. Como señala Martti Koskeniemi, “[s]e precisan historias de mundos no europeos para iluminar la diversidad de la experiencia humana y crear una distancia crítica hacia la intuitiva naturaleza de las historias que hemos aprendido”.⁸⁶ Considero que tomar distancia del discurso eurocéntrico nos beneficia particularmente a los países que hemos sido colonizados, no sólo física, sino también cognitivamente, puesto que en el discurso jurídico nos ayuda a comprender la heterogeneidad externa así como nuestra heterogeneidad interna.

⁸⁶ Martti Koskeniemi, “Histories of International law, Dealing with Eurocentrism”, *Rechtsgeschichte-Legal History*, 19, 2011, p. 171.

ANEXO 1**CHINA Y SUS DIVISIONES ADMINISTRATIVAS, INCLUYENDO REGIONES AUTÓNOMAS, MUNICIPALIDADES Y REGIONES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES**

Royal Bergly, “East Asia”, en *Regional Geography of the World: Globalization, People, and Places*, <<http://2012books.lardbucket.org/books/regional-geography-of-the-world-globalization-people-and-places/s13-east-asia.html>>, [Consulta 13/04/2015].

REFERENCIAS

- ALAM, Shahid M., (2003), “Articulating group differences: A variety of autocrisms”, en *Science and Society*, Vol. 67, No 2,
- ARIZA, Libardo y Daniel Bonilla, (2007), “El Pluralismo Jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *El debate sobre el Pluralismo Jurídico*, John Griffiths, Sally Engle Merry y Brian Tamanaha, Bogotá, Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Instituto Pensar.

- BANCO MUNDIAL, *China data*, <http://data.worldbank.org/country/china> (Visitado 13/03/2015).
- BENDA-BECKMANN, Franz von, y Keebet von Benda-Beckmann, “Change and continuity in plural legal orders”, en *Journal of Legal Pluralism*, 1-44. 2006.
- BENTON, Lauren y Richard J. Ross, “Empires and Legal Pluralism, Jurisdiction, Sovereignty, and Political Imagination in the Early Modern World”, en Lauren Benton and Richard J Ross (Eds.), *Legal pluralism and empires, 1500-1850*, NYU Press, 2012.
- BERRING, Robert C., “Chinese Law & Society (Legal Studies 161)”, Facultad de Derecho de la Universidad de California –Berkeley, <<http://legalstudies.berkeley.edu/files/2013/03/LS-161-Chinese-Law-Society-Berring-Sp13.pdf>>, [Consultado 06/04/2015].
- CAI, Peter, (2014), “Hong Kong protests about economics as much as democracy”, en *East Asia Forum*, 10 octubre <<http://www.eastasiaforum.org/2014/10/10/hong-kong-protests-about-economics-as-much-as-democracy/>>, [Consultado 15 /02/2015].
- CASTELLUCCI, Ignazio, “Rule of law with Chinese characteristics”, en *Annual Survey of International & Comparative Law*: Vol. 13, 35-92, 2013
- CHEN Jianfu, *Chinese Law, Context and Transformation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- CROSSLEY, Pamela Kyle, *The Wobbling Pivot, China since 1800*, Oxford, Wiley-Boackwell, 2010
- DIKÖTTER, Frank, *The Construction of Racial Identities in China and Japan, Historical and Contemporary Perspectives*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1997.
- DREYER, J., *Minority Nationalities and National Integration in the People’s Republic of China*, Massachusetts, Harvard University Press, 1976.
- ESTRADA, Gemma *et al.*, “The PRC’s Free Trade Agreements with ASEAN, Japan, and the Republic of Korea: A Comparative Analysis”, en *ADB Working Paper Series on Regional Economic Integration*, No. 92, Asian Development Bank, 2012.

- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *People's Republic of China and the IMF*, <<http://www.imf.org/external/country/chn/index.htm>>, [Consultado 13/03/2015].
- FULLER, Chris, "Legal Anthropology: Legal Pluralism and Legal Thought", *Anthropology Today*, 9-12, 1994
- GHAI, Yash y Sophia Woodman, "Unused Powers: Contestation over Autonomy Legislation in the PRC", en *Pacific Affairs*, 2009, 29-46.
- GLADNEY, Dru C., *Dislocating China*, Hong Kong, University of Chicago Press, 2004.
- GORDON, Robert W., "Critical legal studies", *Stanford Law Review*, 57-125.
- GRIFFITHS, John, "What Is Legal Pluralism?" en *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 1984, 1986, 1-55.
- GROSSI, Paolo, *A history of European law*, Reino Unido, Wiley-Blackwell, 2010.
- HEUSCHERT, Dorothea, "Legal Pluralism in the Qing Empire: Manchu Legislation for the Mongols", en *The International History Review*, Vol. 20, No. 2 Jun., 1998, 1986, 310-311.
- HILLMAN, Ben, "Development with Tibetan characteristics", en *East Asia Forum*, 1 febrero, 2010, <<http://www.eastasiaforum.org/2010/02/01/development-with-tibetan-characteristics/>> [Consultado 15/02/2015]. Bellér-Hann, Ildikó, "Violence in Xinjiang: indicative of deeper problems?", *East Asia Forum*, 30 Marzo 2012, <<http://www.eastasiaforum.org/2012/03/30/violence-in-xinjiang-indicative-of-deeper-problems/>> [Consultado 15/02/2015].
- HOOKE, M. Barry, *Legal Pluralism, An introduction to colonial and neocolonial laws*, Oxford, Oxford University Press, 1975.
- JUÁREZ AGUILAR, Beatriz, "Más que sólo salarios bajos: el derecho chino como herramienta para el desarrollo económico", en José Ignacio Martínez Cortés (ed.), *América Latina y el Caribe-China, Relaciones Políticas e internacionales*, Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, 1975, 451-472.
- KOSKENNIEMI, Martti, "Histories of International law, Dealing with Eurocentrism", en *Rechtsgeschichte-Legal History*, 2011, 19.

- LENG, Shaochuan, “The role of law in the People’s Republic of China as reflecting Mao Tse-Tung’s influence”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1977, 356-373.
- LEUNG, E., *Understanding One Country, Two Systems through Hong Kong’s Constitutional Development*. Retrieved from Departamento de Justicia de la Región Especial Administrativa de Hong Kong, 2004: <<http://www.doj.gov.hk/eng/archive/pdf/sj20040529e.pdf>>.
- LI, S.Y., “Tibetan Folk-Law”, en *Journal of the Royal Asiatic Society of Great Britain and Ireland*, 1950, 127-148.
- MAO, Z., *On the Draft Constitution of the People’s Republic of China*, Retrieved from Marxist Internet Archive, 1954: <http://www.marxists.org/reference/archive/mao/selected-works/volume-5/mswv5_37.htm>, [Consultado 10/11/2014].
- MERRY, Sally Engle, “Legal Pluralism”, en *Law & Society Review*, 1988, 869-896.
- MICHAEL, Franz, “The Role of Law in Traditional, Nationalist and Communist China”, *The China Quarterly*, 1962, 124-148
- PETERSON, Willard J., *The Cambridge History of China, Volume 9, Part One: The Ch’ing Empire to 1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- PIRIE, F., “Legal complexity on the Tibetan plateau”, en *Journal of Legal Pluralism*, 2006, 77-99.
- QIN, Zheng y Guangyuan Zhou, “Pursuing Perfection: Formation of the Qing Code”, *Modern China*, 1995, 310-344
- RAWSKI, Evelyn S., “Presidential Address: Reenvisioning the Qing: The Significance of the Qing Period in Chinese History”, en *The Journal of Asian Studies*, 1996, Vol. 55, No. 4 Nov., 829-850.
- RICO, Ivonne Campos, *Los Han en la sociedad multiétnica de la dinastía Qing, Mecanismos de construcción-reconstrucción de la identidad étnica Han en el siglo XIX, Tesis de Doctorado*, El Colegio de México, 2002.
- RUSKOLA, Teemu, “Legal Orientalism”, en *Michigan Law Review*, 2002, vol. 101, 179-234.

- , “Colonialism without colonies, On the extraterritorial jurisprudence of US courts for China”, en *Law and contemporary problems*, 2008, 217-242.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a new common sense: Law, science, and politics in the paradigmatic transition*, NY, Routledge, 1995.
- SHIN, Leo, K., *The making of the Chinese state: ethnicity and expansion on the Ming borderlands*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- STIGLITZ, Joseph E., “The Chinese Century” enero, 2015, <<http://www.vanityfair.com/business/2015/01/china-worlds-largest-economy#>>, [Visitado 13/03/2015].
- TAMANAH, Brian Z., “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, en *Sydney Law Review*, 2008, 375-411.
- , “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”, en *Journal of Law and Society*, 1993.
- TIEZZI, Shannon, “China’s Prescription for ‘Improving Ethnic Work’”, 24 de diciembre de 2014, *The Diplomat*, <<http://thediplomat.com/2014/12/chinas-prescription-for-improving-ethnic-work/>>, [Consultado 15/02/2015].
- TWITCHETT, Denis y John K. Fairbank, *The Cambridge History of China, Republican China 1912—1949, Part 1*, NY, Cambridge University Press, 1983.
- VEEK, Gregory, *et al.*, *China’s geography : globalization and the dynamics of political, economic, and social change*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2011.
- VIDAL, Macarena, “Alemania, Francia e Italia se unen a un banco asiático creado por China”, en *El País*, 18 Marzo de 2015, <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/17/actualidad/1426596076_040421.html>, [Consultado 23/03/2015].
- VISHINSKY, A., *The Law of the Soviet State*, Nueva York, The MacMillan Company, 1961.
- WALEY-COHEN, Joanna, “Changing spaces of empire in eighteenth-century Qing China”, en Nicola di Cosmo y Don J. Wyatt (Ed.), *Political frontiers, ethnic boundaries and human geographies in Chinese History*, Routledge Curzon, Londres y Nueva York, 2003.

- WANG Qiliang, “Religion, legal pluralism, and order in a multiethnic society: A legal-anthropological study in contemporary China”, en *Journal of Legal Pluralism*, 2009, 59, 1-27.
- WANG, Shuping, “The People’s Republic of China’s Policy on Minorities and International Approaches to Ethnic Groups: A comparative Study”, en *The International Journal on Minority and Group Rights*, 2004, <<http://www.ijl.org/publications/booksarticles.asp>>, [Consultado 03/2013].
- WORLD BANK, “China Overview”, Apr 01, 2014, <<http://www.worldbank.org/en/country/china/overview>>, [Visitado 13/03/2015].
- XINHUA, 中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议公报, 2014年10月23日. Disponible en <<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1023/c64094-25896724.html>>, [Consultado 10/01/2015].

CONDANNA ED ESECUZIONE DI GESÙ: TESTIMONIANZE E PROVE

PIERO MARIO GILARDI¹

RESUMEN: El propósito de este artículo es hacer una revisión sobre los últimos días de Jesús de Nazaret, ofreciendo un panorama general del mundo en que nació, vivió y murió, pero también analizando los personajes que participaron en su juicio, el proceso que enfrentó, su condena y los efectos que ésta tuvo. Se considera también en este estudio, el papel que ha tenido el Sudario de Turín como testimonio documental para confirmar la credibilidad de los evangelistas al describir el proceso de crucifixión y la muerte de Jesús.

PALABRAS CLAVE: *Juicio de Jesús, crucifixión, Sudario de Turín, Sanhedrin.*

ABSTRACT: This article aims to examine the last days of Jesus of Nazareth, first outlining the world in which he was born, lived and died, and later analyzing the characters involved in his trial, the process he faced, the condemnation and its effects. It is also considered the role of the Turin Shroud as a documentary testimony to confirm the credibility of the evangelists in describing the process of crucifixion and death of Jesus.

KEY WORDS: *Trial of Jesus, crucifixion, Turin Shroud, Sanhedrin.*

SUMARIO: I. La Palestina romana; II. “Ius gladii” ed il “crimen maiestatis”; III. I personaggi del processo; IV. Arresto di Gesù ed interrogatorio dei Sommi Sacerdoti; V. Il giudizio del magistrato romano; VI. Esecuzione della condanna; VII. Le fonti; VIII. La Sindone e la sua storia; IX. Raffronti tra Sindone e narroto evangelico; X. La scienza dove l’occhio non può vedere; XI. Il falso mito del radiocarbonio; XIII. Calcolo probabilistico.

¹ Università degli Studi dell’Insubria. Dipartimento di Diritto, Economia e Culture.

PRAEFATIO

Nello scorrere dei secoli innumerevoli studiosi, storici, giuristi, sia credenti di diverse religioni che agnostici od atei, si sono cimentati nella ricerca e descrizione di Gesù, sotto ogni prospettiva ed in ogni suo aspetto. Questa ricerca si è accentuata negli ultimi decenni, non sempre, però, conservando un'impronta equilibrata e scevra da pregiudizi od ideologie, ma spesso volendo adeguare alla proprie opinioni personaggi, fatti e conseguenze, con affermazioni o negazioni apodittiche o pregiudiziali.

Senza tener conto della gran massa di studi che si sono concentrate sull'aspetto trascendente ed escatologico della figura di Gesù, parte delle opere di ricerca si sono appuntate sulla prospettiva storica della vicenda narrata dai Vangeli. Altre, invece, hanno affrontato gli aspetti giuridici, evidenziando radicali divisioni nella ricerca delle responsabilità di ebrei e romani.

Nei limiti consentiti da questo lavoro, l'intento è quello di collocare una tessera nel mosaico della vicenda processuale dell'uomo Gesù, condannato e giustiziato nella Giudea Romana intorno al 30 d.C.: "l'ebreo marginale" dell'opera di un importante studioso dei nostri giorni.² Questo, evidenziando le prove emerse a distanza di quasi due millenni, spesso ignorate od appena accennate, che forniscono veridicità scientifica ad un avvenimento da sempre oggetto di contrapposizioni. Ne è origine l'interesse per uno straordinario "documento", dal quale sempre più la scienza trae conferme e convinzioni: la Sindone. Dalle risultanze di decenni di studi multidisciplinari, ma anche di contestazioni spesso non provate o speciose, l'intento di verificare se quanto la Sindone, vero documento testimoniale, suggerisce, corrisponde a quanto successo al condannato e crocifisso Gesù della narrazione evangelica.

² J. P. Meier, *Un ebreo marginale: ripensare il Gesù storico*, Brescia, 2008.

Il percorso di questo lavoro segue gli ultimi giorni dell'ebreo Gesù di Nazareth, delineando prima il mondo in cui è nato, vissuto e morto, ed analizzando in seguito i personaggi coinvolti nel processo da lui subito, lo svolgimento processuale, la condanna ed i suoi effetti.

Verrà infine esaminato il ruolo di vero e proprio documento testimoniale della Sindone, verificando prima la sua autenticità storica, indi i risultati della straordinaria ricerca scientifica svolta, cose che attestano e confermano l'attendibilità degli evangelisti nel descrivere, pur nella loro scarsa preparazione giuridica e scientifica, la vicenda processuale, la condanna e la morte di Gesù.

1. LA PALESTINA ROMANA

A seguito della guerra civile scoppiata alla morte di Gianneo, re della Giudea, Pompeo interviene nel 67 a.C. nella lotta tra i figli; dalla Siria occupa la Palestina e di conseguenza la Giudea, e conquista Gerusalemme. Da quel momento tutta la Palestina passa sotto il controllo politico e militare di Roma. Con accortezza Roma consente la permanenza sacerdotale, lascia autonomia nei riti e libertà religiosa, ed insedia Ircano II, uno dei figli di Gianneo, col titolo di etnarca.³ Alla sua morte, nel 43 a.C., sale al potere il figlio Erode, nominato tetrarca. Erode è cinico ed astuto e gode della fiducia dei romani, dai quali farà educare due figli a Roma.⁴ Nel 39 a.C. viene nominato re dei Giudei su proposta di Antonio ed Ottaviano.⁵ Fornisce Gerusalemme di un acquedotto, costruisce una seconda cinta muraria, raddoppia le dimensioni della spianata del tempio, che provvede ad impreziosire ed ampliare, edifica Cesarea Marittima

³ A. Momigliano, *Enciclopedia italiana Treccani*, p. 193. "Etnarca: capo di un popolo orientale al quale, nel mondo romano, viene attribuito rango inferiore a quello di re, ma superiore a quello di *Tetrarca*".

⁴ G. Prause, *Erode il grande*, Milano, 1981, pp. 84, 87.

⁵ T. Mommsen, *L'impero di Roma*, vol. VI, pp. 233, 243.

ed il suo porto.⁶ Vipsanio Agrippa, grande condottiero e genero di Ottaviano, riconoscerà in lui un valido coadiutore nell'opera di ordinamento dell'impero, e come tale Erode verrà sempre trattato.⁷

Oltre agli indiscutibili meriti, Erode è passato alla storia per gli eccessi nella vita privata e la crudeltà nella vita pubblica. Intorno al 5 a.C. fa sgozzare a Betlemme decine di bambini, dai quali vede minacciato il suo trono, ed è in questo periodo che si colloca la nascita di Gesù. Muore nel 4 a.C., pochi giorni dopo aver fatto uccidere il figlio Antipatro, in precedenza designato al trono.⁸ Gli succedono Erode Antipa quale re di Galilea ed il fratello Archelao come re della Giudea, che però verrà deposto nel 6 d.C. da Augusto. La Giudea diviene così provincia romana speciale.⁹

Riguardo all'amministrazione della giustizia in Giudea, Roma conferisce al Sinedrio ed al Sommo Sacerdote la giurisdizione civile sui giudei, in quanto i diritti romani non vengano lesi. Per i cittadini romani, invece, la giurisdizione è del governatore e coesiste con quella dei magistrati di Roma, ai quali il governatore può sempre indirizzare il richiedente. Resta fermo il diritto di avocazione da parte del *princeps*.¹⁰ Circa la giurisdizione criminale, il diritto di condannare a morte spetta all'imperatore in forza del suo *imperium maius et infinitum*, diritto che può demandare ai governatori con delega ampia e discrezionale. Tale potere non è però esercitabile sui cittadini romani, che godono del diritto di *provocatio*, cioè di esser giudicati a Roma.¹¹ Al Sinedrio resta il solo potere residuo di con-

⁶ G. Prause, *Erode...*, *op.cit.*, p. 85.

⁷ T. Mommsen, *L'impero...op.cit.*, p.243.

⁸ G. Ricciotti, *Vita di Gesù Cristo*, Milano, 1999, p.78; Giuseppe Flavio, *Antichità giudaiche* 17, 191.

⁹ T. Mommsen, *L'impero...op.cit.*, p.248.

¹⁰ T. Mommsen, *Le droit public romain, tome III, Paris, p. 308; L'impero...op.cit.*, pp. 233, 240.

¹¹ Cassio Dione, *Storia di Roma*, 64, 2, cita il caso di Capito, governatore della Bassa Germania, condannato a morte da Galba per non aver deferito all'impera-

dannare a morte e di eseguire la sentenza nei confronti di stranieri che varchino la balaustra del Santuario.¹²

Gran parte della dottrina è stata a lungo unanime nell'individuare in *procurator* il governatore della Giudea, e l'indicazione di Pilato con questa qualifica ancora persiste, sulla base dei racconti evangelici, di quanto affermato da Giuseppe Flavio e soprattutto da Tacito¹³. Ma Tacito scrive circa ottant'anni dopo gli avvenimenti descritti, quando la qualifica di procuratore è diventata da tempo ufficiale sotto Claudio. Però una lapide rinvenuta nel 1961 a Cesarea, contenente una dedica di Pilato a Tiberio, conferma senza alcun dubbio che il governatore della Giudea aveva il titolo di *Praefectus*,¹⁴ e con esso l'*imperium militare pro legatum*. Sarà solo in seguito, con Claudio, che i governatori assumeranno il titolo di *Procurator*.

II. IL “*IUS GLADII*” ED IL “*CRIMEN MAIESTATIS*”

Il *ius gladii* è identificabile col potere punitivo dei governatori sui residenti delle provincie, ed è comprensivo della pena di morte, come suggerisce il nome stesso. E' un potere da esercitare tempestivamente, per evitare che vengano compromessi gli interessi generali.¹⁵ In Giudea, come detto, viene tolto al Sinedrio il potere di mettere a morte, conservandogli la sola possibilità di occuparsi di reati minori punibili con carcere o fustigazione. Per reati comportanti pena di morte, tranne il caso della balaustra del Santuario, resta al Sinedrio

tore l'appello di un cittadino romano.

¹² G. Flavio, *Antichità giudaiche*, 15, 11, 5

¹³ G. Flavio, *La guerra giudaica*, 2, 8, 1; *Antichità...op.cit.*, 18, 1, 1; Tacito, *Annales* 15, 44 “*Auctor nominis eius Christus Tiberio imperante per procuratorem Pontius Pilatum supplicio adfectus erat*”.

¹⁴ A. Degrassi, *Sull'iscrizione di Ponzio Pilato*, in *Rend.Lincei*, Roma, 1964, p. 60. “[...]S TIBERIEUM[...] NTIUS PILATUS[...] ECTUS IUDAE. E”.

¹⁵ V. Campolunghi, *BIDR* 75 (1972), p. 210; A. Manfredini, *Ius gladii*, *Annuario Univ. Ferrara*, vol. V, p. 119 ss.

il solo compito istruttorio, senza il potere di emettere sentenze.¹⁶ E' un divieto mal sopportato, testimoniato dalla brutale esecuzione di Stefano: non potendolo condannare a morte viene trascinato fuori e lapidato:¹⁷ si tratta però di un'esecuzione sommaria, che non implica deroghe alla proibizione generale.

Riguardo al *crimen maiestatis*, nell'antica Roma la *maiestas* era attributo dello stato romano e col reato di *laesa maiestatis* veniva punito, secondo Cicerone, «ogni atto volto a sminuire, disconoscere o derogare la dignità, l'ampiezza od il potere del popolo romano, ovvero di coloro ai quali il popolo ha conferito il potere».¹⁸ Dall'8 a.C., con la *lex Iulia maiestatis* di Augusto, verranno puniti non solo i reati contro lo stato ma anche quelli contro la persona e la sacralità dell'imperatore, personificazione dello stato. Con Tiberio *crimen maiestatis* diverrà pure qualunque offesa al ruolo del *princeps*, commessa sia da funzionari sia da privati.¹⁹

Nel processo a Gesù la principale accusa riguarderà l'*affectatio regni*, cioè l'essersi qualificato re e quindi mirare alla costituzione di un potere monarchico e, di conseguenza, ambire a spodestare l'imperatore. Si tratta di comportamenti che rientrano a pieno titolo nel reato di *crimen maiestatis*.

III. I PERSONAGGI DEL PROCESSO

Il percorso non può che iniziare con la figura di Gesù, protagonista dei fatti che gli sono costati una condanna infamante e crudele. Verrà poi tratteggiata la figura di Ponzio Pilato, *praefectus* della Giudea, e quella del Sinedrio e dei Sommi Sacerdoti, espressione del potere

¹⁶ M. Miglietta, *I. N. R. I., Napoli, 2011, p. 32*. Contra: J. Blinzler, *Il processo di Gesù*, Brescia, 1966, p. 198.

¹⁷ Atti, 7, 57-58.

¹⁸ Cicerone, *De inv. Reth*, 2,17,53 “*Maiestatem minuire est de dignitate aut amplitudine aut potestate populi romani aut eorum, quibus populus potestatem dedit, aliquid derogare*”.

¹⁹ A. Guarino, *Storia del diritto romano*, Napoli, 2001, pp. 280, 422, 443.

della classe dominante sadducea in tema di fede, costumi e regole civili in Giudea e gran parte di Palestina. La vicenda di ciascuno d'essi è accomunata da un destino terreno terminato brutalmente: uccisione per Gesù; condanna a morte o suicidio per Pilato; distruzione di Gerusalemme, crollo del potere sinedrile e dispersione dei giudei. Ma il percorso comune termina qui: di Gesù si sono occupati e si occupano studiosi di ogni branca, ed innumere persone di cui è stato od è riferimento di vita, oppure oggetto di dubbi od avversione; degli altri, tanto potenti da segnare un'epoca, il destino di popolazioni e la vita stessa di Gesù, è solo la storia ad occuparsene, spesso di riflesso alla vicenda terrena di quell' ebreo marginale del primo secolo.

Sul luogo di nascita di Gesù i pareri sono discordi: Betlemme in Giudea per alcuni, Nazareth in Galilea per altri. Chiarire l'origine ha significato per comprendere le discussioni sulla competenza fra Pilato, Erode Antipa ed il Sinedrion. Secondo Matteo Gesù nasce a Betlemme, la città di Davide alla cui casata sarebbe appartenuto;²⁰ aggiunge poi che la famiglia si trasferisce a Nazareth dopo la fuga in Egitto.²¹ Luca fornisce un preciso chiarimento: si tratta di Betlemme, città della Giudea e luogo di origine della famiglia di Giuseppe, padre di Gesù, ivi recatosi per sottoporsi al censimento voluto da Augusto «quando Quirinio era governatore della Siria».²² Marco e Giovanni non parlano direttamente della nascita di Gesù.

Alcuni studiosi ed autori, pur citando espressamente Matteo e Luca, situano viceversa la nascita a Nazareth, basandosi sul fatto di essere Gesù chiamato Nazareno o di Nazareth.²³ Le spiegazioni, spesso contraddittorie, appartengono al campo delle supposizioni, e

²⁰ Matteo, 2,1 "Nato Gesù in Betleem di Giuda, al tempo di re Erode".

²¹ Idem, 2,19-23 "Giuseppe [...] si ritirò nel territorio della Galilea, ed andò ad abitare in una città chiamata Nazaret".

²² Luca 2, 1-7.

²³ Tra i più recenti: D. Flusser, *Jesus, Brescia, 2008*, p. 38; J. P. Meier, *Un ebreo...* *op. cit.*, p. 38; C. Augias, M. Pesce, *Inchiesta su Gesù*, Milano, 2011, p.10.

si contrappongono alle precise affermazioni di Matteo ed ancor più a quelle di Luca. Questi è uomo colto, probabilmente medico. Nel suo vangelo, destinato al mondo romano, parla con precisione del primo censimento di Augusto, con Quirino governatore in Siria: è impensabile che si avventuri in citazioni di avvenimenti non veritieri, facilmente smentibili sia a Roma che in Palestina. Né del resto si contraddice quando dice che, durante il processo, Pilato lo invia ad Erode Antipa: non parla di Gesù come nato in Galilea, bensì della giurisdizione di Erode.²⁴ E' vero che a Nazareth Gesù ha vissuto molta della sua vita ed ha svolto gran parte della sua predicazione, ma come si giustifica che Erode lo rimandi da Pilato se, oltre che vissuto, fosse anche nato in Galilea e quindi suo suddito? Che sia Pilato a processarlo testimonia che Gesù è riconosciuto giudeo, e che la giurisdizione spetta quindi al *praefectus*.

Anche la data di nascita di Gesù è discussa. Il nostro calendario è basato sui calcoli di Dionigi il Piccolo, che pone l'anno 1 della nostra era al 753 a.u.c. In realtà è ormai accertato che Dionigi abbia sbagliato i suoi calcoli di 6 anni, cosa che anticipa la reale data di nascita di Gesù al 6 a.C. Questa data è coerente con la strage dei bambini inferiori ai due anni, ordinata da Erode verso il 5 a.C.²⁵ e con la sua morte nel 4 a.C.

L'inizio della vita pubblica di Gesù coincide col battesimo ricevuto da Giovanni Battista intorno al 28 d.C. Degli anni precedenti poco o nulla si conosce, salvo dar credito ai vari vangeli apocrifi, non accolti dalla chiesa. La sua vita è probabilmente stata quella di un ebreo vissuto nella famiglia, nel lavoro e nella formazione culturale e religiosa. E' scontato che Gesù parli il dialetto aramaico; sappiamo anche che legge correntemente i testi in ebraico e li discute coi dottori della legge: la sua formazione ebraica è giudicata

²⁴ Luca, 23, 5-7.

²⁵ G. Ricciotti, *La vita...*, *op.cit.*, p.78.

incomparabilmente più elevata di quella di Paolo.²⁶ E' accertato, esaminando la costruzione sintattica delle parabole, che abbia buona conoscenza del greco, ed è probabile che sappia esprimersi in latino, cose queste testimoniate dagli interrogatori di Pilato, difficilmente eseguiti in aramaico od in ebraico. La sua vicinanza e la parentela col Battista (le madri erano cugine) ha fatto ad alcuni supporre che Gesù fosse simpatizzante esseno o patriota zelota, ma ciò non trova alcun riscontro nei vangeli, nello svolgimento del processo, e neppure in Giuseppe Flavio.²⁷

Al momento del battesimo Gesù ha circa trentaquattro anni: tenuto conto che la sua predicazione ed il peregrinare tra Galilea e Giudea durano poco più di due anni, la sua opera si interromperà bruscamente all'età di circa 36 anni, alla vigilia della Pasqua del 30 d.C., probabilmente il venerdì 7 aprile.

Il governatore della Giudea è Ponzio Pilato. Risiede di norma a Cesarea Marittima, salvo trasferirsi a Gerusalemme, nel palazzo già di Erode il Grande, in occasione di festività o per necessità connesse al suo incarico di *praefectus*. Si ipotizza una sua nascita intorno al 16 a.C. da una famiglia di probabile origine sannitica. Di lui nulla si conosce sino alla sua nomina nel 26 d.C. a prefetto della Giudea, carica che manterrà sino al 36-37 d.C., quando verrà richiamato a Roma per il suo comportamento e per abusi nei confronti di alcuni samaritani.²⁸ Da allora si perdono le sue tracce: chi lo dice condannato da Caligola, chi suicida, chi morto annegato. Le fonti storiche coeve su Pilato sono i vangeli, la lettera di Erode Agrippa a Caligola, gli Atti degli Apostoli e le lettere di S. Paolo. Quelle immediatamente posteriori sono Giuseppe Flavio e Tacito.²⁹

²⁶ D. Flusser, *Jesus, op.cit.*, pp. 42-43.

²⁷ C. Augias, M. Pesce, *Inchiesta...*, *op.cit.* p. 54.55."[...] Nella sua lotta possono esserci la vittoria o la sconfitta, mai il compromesso [...] Per realizzare questo suo scopo ha fatto uso della forza o di strumenti politici? No, non lo ha fatto".

²⁸ G. Flavio, *La guerra...*, *op.cit.*, 2, 175-179.

²⁹ G. Flavio, *Antichità...*, *op.cit.*, 18, 63-64; Tacito, *Annales*, 15, 44.

Il prefetto Pilato è innanzitutto un comandante militare, investito dell'*imperium*, della *coercitio* e del *ius gladii*, cioè il potere di mettere a morte chi commetta crimini gravi, primo fra tutti il *crimen maiestatis*. Quanto alla persona ed al suo comportamento, il re Erode Agrippa così lo descrive in una lettera del 40 d.C. indirizzata al suo protettore ed amico Caligola: «Di carattere inflessibile e spietatamente duro. Al suo tempo in Giudea dominavano corruzione, violenza, ruberie, oppressione, umiliazione, continue esecuzioni senza processo e sconfinata intollerabile crudeltà». ³⁰ Erode forse non è ben disposto ed obiettivo, ma certo la permanenza di Pilato in Giudea è costellata da provocazioni e prove di forza nei confronti degli ebrei e della loro religione, che non comprende e probabilmente disprezza. Con un tale carattere è facile capire perché Pilato mostri tanta riluttanza a condannare e far giustiziare un personaggio ai suoi occhi insignificante come Gesù, ben lontano dall'essere ed anche solo somigliare ad un agitatore politico, cedendo solo al ricatto ed alla minaccia dei giudei e del Sinedrio di denunciarlo all'imperatore per non voler perseguire il reato di *affectatio regni* e, di conseguenza, il *crimen maiestatis*.

L'altro protagonista del processo a Gesù è il Sinedrio di Gerusalemme ed il suo massimo esponente, il Sommo Sacerdote Caifa. Il Sinedrio è composto da 71 membri, ed è l'organo preposto a far rispettare le leggi della *Torah* ed alla gestione amministrativa e della giustizia. Dopo la costituzione della Giudea a provincia, il Sommo Sacerdote che presiede il Sinedrio viene nominato dal prefetto romano. Il Sommo Sacerdote è il capo del Sinedrio, il suo giudice supremo ed il ministro principale del culto del Tempio. Accedere al sommo sacerdozio significa appartenere a famiglie dell'aristocrazia giudaica benestante, ed è noto come la nomina od il rinnovo di questa ambita carica siano oggetto di trattative e mercanteggiamento tra l'interessato ed il prefetto. Dal 6 e fino al 70 d.C., data

³⁰ Filone Alessandrino, *De legatione ad Caium*, 38, p. 299 ss.

di distruzione del tempio, il sommo sacerdozio sarà prerogativa di Anna, precedente Sommo Sacerdote e suocero di Caifa, e dei suoi discendenti o parenti: che la famiglia di Anna abbia monopolizzato la carica mostra quale fosse il suo ascendente e la sua capacità economica.

Il Sinedrio è composto da sacerdoti, anziani del popolo e scribi. Questi ultimi sono dottori della legge e vengono scelti tra la classe colta; alcuni di loro, a differenza della classe sacerdotale sadducea, sono farisei. Dei farisei va detto che, pur non facendo parte del Sinedrio se non attraverso quegli scribi che vi partecipano a titolo personale, sono una parte importante della società giudaica. La loro formazione, fatta sia di rispetto della Legge che della tradizione orale, li vede avversari della compromessa classe sacerdotale, ma anche antagonisti e ribelli alla dominazione dei romani, che diffidano di loro.

Una parte del credo farisaico lo ritroviamo nella religione cristiana, e questo ha indotto a credere che Gesù ed i discepoli fossero di estrazione farisaica. Farisei dichiarati sono Paolo, prima della sua drammatica conversione, ed anche Giuseppe d'Arimatea e Nicodemo, che incontreremo al momento della deposizione e sepoltura di Gesù.

IV. ARRESTO DI GESÙ ED INTERROGATORIO DEI SOMMI SACERDOTI

Si colloca al termine della cena pasquale consumata da Gesù coi suoi discepoli, compreso Giuda Iscariota che l'ha tradito accordandosi coi sinedriti.³¹ Né i vangeli né i primi scritti cristiani forniscono una data precisa, sì che gli studiosi hanno dovuto ricorrere ai pochi dati evangelici e storici ed anche all'astronomia. La maggioranza propende per il 30 d.C., tenuto conto che la predicazione del Bat-

³¹ Matteo, 26, 14-16; Marco, 14, 10-11; Lc., 22, 1-6.

tista, collocata nel 15° anno di regno di Tiberio, porta all'inizio del 28 d.C. e che la vita pubblica di Gesù dura circa due anni. In base alle tavole lunari, l'Istituto astronomico di Berlino fissa il venerdì di Pasqua al 7 aprile dell'anno 30 d.C.³²

Al termine della cena pasquale Gesù ed i discepoli raggiungono il giardino del Getsemani, sul Monte degli Ulivi, ove raccogliersi a pregare.³³ Qui accade un fatto narrato da Luca che per secoli non ha trovato spiegazione: Gesù nell'intensità della preghiera suda sangue.³⁴ Occorre ricordare che Luca è medico e come tale dotato di grande spirito di osservazione sulla fisiologia: quello che descrive è un fenomeno raro, ma noto in medicina col nome di *ematidrosi* o *diapedesi*, che può manifestarsi in situazioni di grande stress emotivo, come rilevato nella seconda guerra mondiale su alcuni internati nei lager.³⁵

Negli ultimi periodi della sua predicazione Gesù è stato ripetutamente minacciato dai farisei a causa della sua predicazione e, poco prima della Pasqua, il Sinedrio decide di procedere alla sua cattura ed eliminazione ricorrendo al tradimento di Giuda. A fronte dell'incisione dei farisei, emergono la scaltrezza ed il cinismo del Sommo Sacerdote Caifa, che riesce a far prevalere l'opinione che sia meglio il sacrificio di una persona piuttosto che quello del popolo; infatti il timore è che la sua predicazione provochi l'insorgere delle folle ed il conseguente intervento di Roma, cosa che provocherebbe il crollo del potere sinedrile e suo personale.³⁶

La cattura avviene nella notte tra giovedì e venerdì, secondo Marco ad opera «di una gran turba armata, mandata dai sacerdoti,

³² J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, pp. 85 ss.

³³ K. A. Speidel, *Il processo a Gesù*, Bologna, 1981, p. 68 "Getsemani ha significato di torchio dell'olio".

³⁴ Luca, 22, 43-44.

³⁵ M. Llorrente, *42 giorni*, Milano, 1998, p.64.

³⁶ Giovanni, 11, 47-53; J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, p. 69.

dagli scribi e dagli anziani, accompagnata da Giuda»;³⁷ similmente scrivono gli altri sinottici. Solo Giovanni aggiunge la presenza di una coorte romana, cosa che pare strana. Riguardo a questa eventuale presenza, Blinzler la giudica estremamente inverosimile e della stessa opinione è Miglietta, sia per il fatto che i tre sinottici non ne parlano, sia perché la coorte non poteva essere utilizzata senza il consenso di Pilato che, benché in Gerusalemme, stando ai vangeli non sapeva ancora nulla.³⁸ Non si può dubitare della legalità formale dell'arresto: le milizie incaricate infatti agiscono al servizio del Sinedrio, arrestano Gesù e lo conducono da Anna, il suocero di Caifa.³⁹ I vangeli non dicono quali siano le accuse che giustificano l'arresto di Gesù: si può ipotizzare trattarsi dei reati di blasfemia, falsa profezia e mancato rispetto del sabato.

Ci si chiede perché Gesù venga portato in modo informale da Anna: le ipotesi sono diverse e forse la più verosimile è che Caifa, che nutre rispetto e stima per il suocero, voglia sfruttarne la grande esperienza e scaltrezza per ottenere materiale utile per le successive udienze innanzi al Sinedrio ed a Pilato, utilizzando anche questo lasso di tempo per procedere alla convocazione della corte sinedrile. L'interrogatorio da parte di Anna ha carattere del tutto irrituale e si può considerare una sorta di udienza preliminare (istituto ignorato dalla procedura penale ebraica). E' interessato alla dottrina ed ai seguaci di Gesù, e vuole capire se esista una setta con finalità eversive, cosa che sarebbe assai utile nella successiva fase processuale presso il tribunale romano, innanzi a Pilato.⁴⁰ Ma l'interrogatorio non approda ad alcun risultato e di conseguenza Gesù viene mandato

³⁷ Marco, 14, 43-44.

³⁸ J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, p. 77; M. Miglietta, *I. N. R. I...* *op. cit.*, p. 34.

³⁹ J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, pp. 83-84; Carlo Nardi, *Il processo di Gesù Re dei Giudei*, Bari, 1966, p. 89.

⁴⁰ B. Fabbrini, *convegno Le accuse e le prove*: "E' da ritenere che il colloquio con Anna, insignificante dal punto di vista giuridico, sia servito a indagare meglio sulla duplice natura dei reati da ascrivergli, cioè blasfemia e sedizione".

da Caifa per l'udienza formale. E' verosimile che Anna e Caifa abitino due ali dello stesso palazzo, visto che la traduzione di Gesù nell'aula del dibattimento, davanti a Caifa ed al Sinedrio, richiede pochi minuti. E' improbabile che tutti i sinedriti siano presenti: la totalità dei 71 componenti è infatti richiesta solo in casi di idolatria ed in cause riguardanti i Sommi Sacerdoti; in materia penale sono richiesti 23 membri.

A differenza dell'interrogatorio di Anna, riportato dal solo Giovanni, dell'udienza tenuta davanti al Sinedrio sono solo i sinottici a parlare. La ragione di questa mancanza sta forse nella cronologia dei vangeli, che vede quello di Giovanni essere l'ultimo, quando ormai gli altri hanno già ampiamente parlato del dibattimento.

Come visto, il Sinedrio è composto da un gruppo dei sacerdoti, che Blinzler definisce crudamente «ierocrati assetati di potere, laicizzati e senza coscienza». ⁴¹ Il secondo gruppo è quello degli anziani del popolo, rappresentanti delle famiglie più ricche ed influenti di Gerusalemme. Tra essi è Giuseppe d'Arimatea, che si incaricherà della deposizione e sepoltura di Gesù nella tomba nuova di sua proprietà, nei pressi del Golgota. Al terzo gruppo appartengono gli scribi, in parte farisei, che detengono il potere amministrativo e giudiziario. Sono accaniti oppositori del predicatore nazareno a causa del suo ascendente sul popolo, anche se tra loro c'è qualcuno meno estremo: sicuramente Nicodemo, che ritroveremo al momento della sepoltura di Gesù col suo sontuoso dono di profumi ed aromi, degno di una sepoltura regale. ⁴²

La procedura processuale ebraica non è basata sul ruolo premiente dell'accusa: qui sono i testimoni che, favorevoli o contrari all'imputato, determinano lo svolgimento del procedimento. Prima si escutono i testi favorevoli all'imputato, successivamente quelli contrari. Anche una sola testimonianza favorevole e credibile deter-

⁴¹ J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, p. 155.

⁴² Giovanni, 19, 38-40 (Giovanni parla di 100 libbre tra mirra ed aloe, corrispondenti a circa 32-33 Kg!).

mina la non incriminazione dell'imputato, mentre per incriminarlo è richiesta la testimonianza concorde di almeno due testimoni contrari.⁴³ Ma di testimoni a favore non c'è traccia; infatti i vangeli non ne parlano e i discepoli si sono dileguati. I testimoni d'accusa, invece, malgrado l'ora sono già pronti: è verosimile che siano stati avvisati per tempo, visto che l'arresto di Gesù era stato programmato la sera precedente.

Vengono ascoltati alcuni testimoni separatamente, ma le loro testimonianze sono discordi e quindi inutilizzabili. Qualche studioso parla di testimoni preparati e comperati,⁴⁴ per Blinzler invece si tratta di un possibile errore di regia; altri invece sostengono che la discordanza tra i testimoni è indice di serietà della procedura.⁴⁵ Mancando testimonianze valide, è Caifa ad interrogare l'imputato: se Gesù riconosce come vera almeno una delle accuse le discordanze vengono cancellate, e si costruisce la base per un'imputazione. Ma Gesù tace, ed il dibattimento giunge ad un punto morto. Ciò induce Caifa ad una domanda diretta, quella riguardante la presunta messianicità di Gesù, per capire se questi possa essere accusato di blasfemia.

Parte della dottrina ritiene che per la legge ebraica nessuno possa essere condannato sulla sola sua confessione,⁴⁶ ma Miglietta lucidamente rileva che qui non si tratta di confessione o di testimonianza, perché Gesù si rende reo di bestemmia proprio davanti al Sinedrio:⁴⁷ Infatti, alla precisa domanda se fosse il Cristo, Gesù risponde "io lo sono".⁴⁸ Gesù si dichiara dunque, davanti alle più alte

⁴³ Deuteronomio, "Un condannato non sia messo a morte se non sulla deposizione di due o tre testimoni [...]".

⁴⁴ R. Gutzwiller, *Gesù il Messia*, Monaco, 1949, p. 319.

⁴⁵ B. Fabbrini, *Le accuse...*, *op. cit.* "[...]il fatto che le accuse dei testimoni, che potevano portare al reato di blasfemia non siano accettate, è prova evidente della serietà di questo processo sinedrile".

⁴⁶ Tra i vari: J. Imbert, *Il processo a Gesù*, Brescia, 1980, p. 64.

⁴⁷ M. Miglietta, *I. N. R. I.*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸ Marco, 14, 61-62; similmente Luca, 22, 67-70 e Matteo, 26, 63-64.

autorità del suo popolo, uguale a Dio: si tratta di una bestemmia pronunciata in pubblico, e si giustifica il gesto di orrore di Caifa, che si straccia le vesti dichiarandolo meritevole di morte. Si ricordi che meritevole di morte non significa condannato, ma deferibile al tribunale romano di Pilato, poiché il Sinedrio è privo della potestà di emettere sentenze capitali.

Secondo Marco e Matteo appena giorno i sinedriti si riuniscono in consiglio e, dopo aver fatto legare Gesù, lo conducono da Pilato. Questo tenere consiglio indica come l'accusa di colpevolezza di Gesù sia assunta con decisione collettiva, per arrivare da Pilato con maggior forza sostanziale.

V. IL GIUDIZIO DEL MAGISTRATO ROMANO PONZIO PILATO

Esaurita la procedura accusatoria giudaica, che ha portato alla sola accusa di blasfemia per essersi Gesù dichiarato uguale a Dio, Gesù viene condotto da Ponzio Pilato. E' lo stesso Pilato che si fa incontro al gruppo dei sinedriti, che non entrano nella sua residenza di Gerusalemme per non cadere nell'impurità che proibirebbe loro di consumare la Pasqua. I vangeli chiamano Pretorio il luogo del processo romano a Gesù, cosa che non può che indicare la residenza ufficiale del governatore.⁴⁹

E' nel momento della consegna a Pilato che si colloca, ad opera del Sinedrio, la trasformazione del capo d'accusa: da bestemmia, alla cui persecuzione Pilato avrebbe certo posto rifiuto, a lesa maestà. E' palese l'astuzia di portare sul piano politico l'accusa, sostenendo essersi Gesù fatto re dei Giudei e di aver commesso altri delitti, quali la sedizione e l'incitamento alla rivolta fiscale. Imbert, però, osserva come basti leggere i vangeli per accorgersi che «le accuse fanno acqua da tutte le parti».⁵⁰ La riprova è fornita dai vari

⁴⁹ J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁰ Idem, p.99.

tentativi di Pilato di rilasciare Gesù, cioè i ripetuti interrogatori, il tentativo di scambio con Barabba, l'invio ad Erode Antipa, il lavaggio delle mani.⁵¹

C'è da chiedersi perché i sinedriti abbiano condotto un procedimento contro Gesù, ben sapendo che un'incriminazione per motivi religiosi non avrebbe avuto alcun valore: ecco l'astuzia ed il realismo di portare i loro interessi religiosi sul piano politico, attraverso l'accusa essersi attribuito il titolo di re. Si tratta del reato di lesa maestà, quel *crimen maiestatis* che metterebbe in pericolo la sicurezza della provincia romana, ledendo il prestigio e la maestà dell'imperatore, cose che Roma persegue e punisce con la morte.

Pilato, dopo aver tentato di lasciare ai giudei il compito di processare Gesù secondo le loro leggi, pensando trattarsi di una delle solite questioni religiose locali, e dopo aver ricevuta la risposta "a noi non è consentito di dare morte ad alcuno",⁵² inizia ad interrogare Gesù. La narrazione dei vangeli è coerente nei sinottici, pur con una maggior precisione di Luca riguardo alle accuse: alla precisa domanda di Pilato "sei tu il re dei giudei?", Gesù risponde lapidario "tu lo dici". Le altre accuse, malgrado la reiterata insistenza dei sacerdoti, si rivelano inconsistenti e Pilato le lascia cadere, di fronte al mutismo di Gesù che lo lascia meravigliato e che lo induce ad affermare di non trovare in lui alcuna colpa.⁵³ Giovanni è l'unico a parlare dell'andirivieni di Pilato tra il Pretorio ed i Giudei, e lui pure cita la risposta di Gesù "tu l'hai detto, io sono re" alla domanda di Pilato.

Pilato è dunque tutt'altro che convinto delle accuse dei sinedriti e, quando viene a sapere che su Gesù avrebbe giurisdizione Erode Antipa, re della Galilea

⁵¹ M. Miglietta, *I.N.R.I., op. cit.*, p. 44.

⁵² Giovanni, *18*, 31.

⁵³ Luca, *23*, 1-5; Giovanni, *18*, 33-38.

in quei giorni a Gerusalemme, glielo invia.⁵⁴Ma qual è lo scopo di Pilato? Non è sostenibile che si tratti di motivi di competenza, perché Gesù è giudeo, anche se a lungo ha vissuto in Galilea; soprattutto non è pensabile che Pilato, che detiene il *ius gladii*, sia tanto autolesionista da consegnare ad Erode un preteso ribelle giudeo, punibile con la pena di morte per reati commessi in Giudea. E' invece il tentativo di Pilato, convinto dell'innocenza di Gesù, di avere un'autorevole opinione di conforto da far valere contro il Sinedrio e, con un atto di *real politik*, migliorare i suoi pessimi rapporti con Erode che, ricordiamo, era «persona gratissima» presso Tiberio.⁵⁵

Ma anche alle domande di Erode si contrappone l'ostinato mutismo di Gesù, così che non ci sia altro da fare che rimandarlo a Pilato dopo averlo schernito e dileggiato, ma senza aver trovato in lui alcuna colpa. Ricondottogli Gesù, che Pilato annuncia di voler sottoporre a flagellazione per poi liberarlo perché non meritevole di condanna a morte, invece di procedere in questo senso sceglie di riprendere il dibattito, con ciò implicitamente segnando la sorte di Gesù.

Gli evangelisti parlano poi di una tradizione secondo la quale il governatore era solito per Pasqua liberare un prigioniero a richiesta della folla. Pilato intravede in questa concessione la possibilità di liberare Gesù, confidando che, posta innanzi all'alternativa Gesù-Barabba (ribelle accusato di omicidio), la folla scelga Gesù: ma così non è, perché l'opera di sobillazione dei sacerdoti convince la folla a richiedere la libertà di Barabba. Si tratta di un palese errore di valutazione, aggravato dal mettersi a discutere del destino di Gesù con una folla ormai schierata.⁵⁶

Ma il *Privilegium Paschale* esiste od è fantasia degli evangelisti? La dottrina si è divisa: una parte giudica inattendibili i vangeli su tale

⁵⁴ Luca, 23, 6-12.

⁵⁵ G. Flavio, *Antichità...*, *op. cit.* 18,2,3; G. Ricciotti, *Il cantiere di Himran, Milano, 1950*, p.172.

⁵⁶ J. Blinzler, *Il processo...*, *op. cit.*, pp. 280-281.

argomento;⁵⁷ la parte maggioritaria l'ammette, pur spiegandolo variamente. Secondo il pur radicale demitizzatore Martin Dibelius, «Anche se non sappiamo nulla di tale usanza, non vi è alcun motivo di dubitare di questa scena».⁵⁸ Per Mommsen è un diritto del giudice di archiviare il processo;⁵⁹ Henry Regnault e Johannes Merkel ritengono che si tratti di un potere di amnistia concesso dall'imperatore al governatore.⁶⁰ Un papiro ritrovato nel 1906 parla di un procedimento contro tale Fibione dinnanzi a Settimio Vegeto: il caso è analogo a quello di Barabba ed anche in questo caso viene liberato un malfattore a richiesta del popolo.⁶¹ Da parte ebraica, un passo del *Pesachim VIII 6-a* dà prova dell'usanza di liberare uno o più detenuti per Pasqua. Siamo dunque di fronte ad una tradizione attestata sia nel mondo romano sia in quello ebraico.

Il diritto romano prevede due forme di amnistia: l'*abolitio*, rilascio di un prigioniero non ancora condannato, e l'*indulgentia*, cioè la grazia concessa ad un condannato. Quella che Pilato pensa di applicare a Gesù, e che finirà invece coll'accordare a Barabba, è chiaramente l'*abolitio*: infatti Gesù non è ancora stato condannato e neppure lo è Barabba, descritto semplicemente come prigioniero.

L'atteggiamento di Pilato in tutta la vicenda ha originato svariate interpretazioni riguardo alle sue convinzioni personali ed al suo comportamento sul piano giuridico-processuale. Appare evidente, circa le sue convinzioni, come non veda in Gesù un rivoluzionario od un eversore: è probabile che non ne abbia mai sentito parlare e

⁵⁷ P. Van Paassen *Why Jesus Died, 1949*, p.171; C. Guignebert, *Jesus*, 1947, pp. 573-575; J.Isaac, *Jesus et Israel*, 1948, p.485; M. Goguel, *Le procès de Jésus*, 1949, p. 382.

⁵⁸ M. Dibelius, *Jesus*, 1939, p. 116.

⁵⁹ T. Mommsen, *Romisches Strafrecht, Lipsia, 1899*, p. 453.

⁶⁰ H. Regnault, *Le procès de Jésus Christ*, Parigi, 1909, p. 133; J. Merkel, *ZNW* 6, 1905, p. 303.

⁶¹ Pap. Flor., 61, 59 e segg. "Avresti meritato la frusta [...]ma io ti abbandonerò alla folla, così ti tratterò umanamente".

che lo consideri uno dei tanti predicatori di una religione che sfugge alla sua comprensione. Per questo sembra determinato a salvare Gesù da una morte frutto di accuse che per lui hanno scarso significato. Se si aggiunge il fastidio e disprezzo che nutre per il Sinedrio ed i suoi rappresentanti, si può comprendere perché una persona dal carattere duro quale è Pilato, determinato e spietato quando si tratta di difendere gli interessi di Roma, cerchi di rilasciare Gesù. Quindi non compassione od umanità, ma il tentativo di non lasciarsi coinvolgere in fatti che non riguardano il controllo della provincia ed il suo potere e che, soprattutto, non hanno interesse processuale.

Dall'istruttoria emerge però che Gesù si è professato Messia, Figlio di Dio e re dei Giudei, cosa questa che sul piano politico equivale al titolo di re d'Israele. Per i romani ciò configura un reato, perché minaccia la sicurezza del popolo romano e la maestà dell'imperatore.⁶² Si comprende quindi la circospezione di Pilato negli interrogatori, che si concentrano sul reato di lesa maestà solo sotto la spinta dei ricatti e delle minacce giudee. Infatti è dopo l'ultimo confronto con Gesù e l'estremo tentativo di liberarlo, frustrato dal grido minaccioso "se lo liberi non sei amico di Cesare, infatti chi si fa re non è amico di Cesare", che Pilato cede.⁶³ Si tratta di una minaccia che Pilato non può ignorare o sottovalutare, per il rischio reale di una denuncia a Roma da parte del Sinedrio.

Terminata la fase del giudizio, Pilato emette formalmente la condanna: Gesù deve essere crocifisso.

Lo svolgimento del processo è tipicamente romano, con l'emissione di una sentenza di condanna da parte del magistrato romano, che siede in tribunale prendendo posto sulla *sella curulis*.⁶⁴ Tutto questo in antitesi con l'ipotesi che si tratti della semplice deliberazione di una sentenza del Sinedrio. Abbiamo del resto almeno quattro con-

⁶² M. Miglietta, *I. N. R. I.*, *op. cit.*, p. 46.

⁶³ Giovanni, *19, 12*.

⁶⁴ T. Mommsen, *Le droit public...*, *op. cit.*, p. 298.

ferme che ci sia un'effettiva sentenza di condanna e la conseguente esecuzione: la consegna di Gesù ai soldati romani; la crocifissione tipicamente romana e non la lapidazione giudaica, peraltro non più possibile; l'apposizione del *titulus crucis* ed il rifiuto di modificarlo malgrado le pressioni dei sinedriti; la richiesta del corpo di Gesù fatta da Giuseppe d'Arimatea a Pilato, che la concede.

Si è trattato allora di un duplice processo, quello sinedrile e quello romano, oppure di uno soltanto? Un processo religioso per blasfemia, senza poter condannare Gesù ed eseguire la pena, non avrebbe avuto senso; i sinedriti, anzi, al momento di consegnarlo a Pilato hanno modificato le accuse in sedizione, ribellione fiscale ed *affectatio regni*. Ancor meno credibile è che sia il Sinedrion a condannare Gesù e che Pilato si limiti a delibare la sentenza: è un'ipotesi mai adombrata dai vangeli e contraria allo svolgimento processuale romano.⁶⁵ Il processo è dunque uno solo, diviso in due fasi: prima l'istruttoria sinedrile, nel corso della quale Gesù si rende reo di blasfemia e viene deferito al tribunale romano, ma con cambio del capo d'accusa; poi il giudizio di Pilato e la sentenza di condanna a morte per *laesa maiestas*.

Resta da chiedersi se Pilato non abbia agito con leggerezza: Miglietta giunge alla conclusione che «Pilato giudicò con la severità imposta da Tiberio, e dunque in conformità con la giurisprudenza dell'epoca».⁶⁶ Nardi, che pure condivide l'esistenza di un unico processo in due fasi, è invece critico sul ruolo di Pilato, ed afferma: «Il giudice che con piena e libera coscienza, o per coartazione fisica o morale, condanna invece di assolvere un innocente è in ambedue i casi colpevole contro il dovere del suo mandato, e nulla conta che abbia seguito o no la procedura. Quel che conta è la sentenza, che

⁶⁵ C. Nardi, intervento al congresso “*Storia, antichità greca e romana*”, *Univ. di Genova*, p. 43.

⁶⁶ M. Miglietta, *I. N. R. I., op. cit.*, p. 53.

non è più espressione del suo giudizio, ma della prepotente volontà dell'accusatore». ⁶⁷

Sicuramente sono entrati in gioco interessi politici, ed il timore di compromettere il prestigio e la stabilità della carica per un fatto per lui di scarso interesse ma complicato dal rischio di possibili rivolte o ricorsi a Roma, cose esiziali per la carriera e la sua stessa persona. Certo processo e condanna sono improntati a correttezza formale, ma altrettanto certamente mostrano un comportamento moralmente discutibile: è percepibile la sua dimostrazione di viltà al sentirsi accusare di non essere amico di Cesare ed il piegarsi agli accusatori. ⁶⁸

VI. ESECUZIONE DELLA CONDANNA

La parte iniziale dell'esecuzione della condanna alla croce è la flagellazione. Nel processo criminale romano di regola la flagellazione è una pena collaterale che precede la crocifissione, anche se a volte accade che il disgraziato muoia direttamente sotto i colpi del flagello. Mentre Luca accenna solo all'intenzione di Pilato di far flagellare Gesù, Marco e Matteo ne parlano espressamente. A differenza dei giudei, che applicano la flagellazione col limite massimo di quaranta colpi, ⁶⁹ tra i romani è *ad libitum* e lasciata all'arbitrio dei carnefici. Nelle provincie l'esecuzione è affidata ai militari, che utilizzano il flagello per sudditi provinciali e schiavi. Viene utilizzato il *flagrum taxillatum*, costituito da un'impugnatura alla quale sono collegate corde o strisce di cuoio, che terminano con pezzetti d'osso o piccoli

⁶⁷ C. Nardi, *Storia, antichità...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁶⁸ Dante, *La divina commedia, Inf. I, 3, 58-60*. “[...] vidi e conobbi l’ombra di colui che fece per viltà il gran rifiuto”. Dante non nomina il personaggio che cita, ma la critica, a partire dal secolo scorso (per tutti Giovanni Pascoli, Nicola Criniti, Natalino Sapegno), è sempre più indirizzata ad identificarlo con Pilato.

⁶⁹ Deuteronomio, 25, 2-3; Paolo, *II lettera ai Corinzi*, 2, 24 “per cinque volte ho ricevuto quaranta colpi meno uno”.

bilancieri di piombo.⁷⁰ L'effetto di questo strumento è devastante, e le narrazioni dell'antichità evidenziano un quadro orribile.⁷¹

Nel caso di Gesù è credibile che Pilato, dopo aver impartito ai suoi uomini l'ordine di flagellare in luogo pubblico e crocifiggere il condannato, si sia ritirato lasciando loro il compito di provvedere. E' pure credibile che i soldati provvedano per dilettegio all' "incoronazione" di Gesù con un casco di spini: si tratta di un gesto di irrisione per niente inverosimile da parte di un gruppo di rozzi ed incattiviti soldati, che hanno in mano un condannato che non ha più alcun diritto e che non li muove a compassione.⁷² Non conosciamo con certezza le modalità della flagellazione di Gesù né la sua entità, anche se vedremo nei capitoli seguenti, parlando della Sindone, che le tracce impresse sul sudario mostrano almeno 120 colpi. Senza dubbio i traumi prodotti dalla flagellazione condizionano gravemente il fisico di Gesù, già provato dalle vicende processuali e dalle percosse ricevute: si può ragionevolmente considerare questa punizione, seguita dalla *via crucis* verso il Golgota, come una delle principali cause della sua rapida agonia in croce. Infatti, dalla condanna alla morte, tutto si compie tra l'ora sesta e la nona (tra mezzogiorno e le quindici), meno di tre ore, cosa che provoca la meraviglia di Pilato quando Giuseppe d'Arimatea gli domanda il corpo di Gesù per la sepoltura: infatti la morte in croce è lunga e drammatica, e l'agonia può durare anche uno o due giorni.

Gesù, dopo la flagellazione, viene subito inviato verso il luogo in cui deve essere crocifisso. Non porre tempo tra condanna ed esecuzione è cosa normale; gli antichi, ed i romani non fanno eccezione, non conoscono le pene detentive: la prigione serve solo a trattenere l'imputato che attende il giudizio. Il tragitto che Gesù

⁷⁰ Presso il Museo Nazionale delle Terme di Roma è conservato un *flagrum taxillatum* che, per gli studiosi, è simile a quello usato nei confronti di Gesù.

⁷¹ G. Flavio, *La guerra...*, *op.cit.*, 6, 5, 3; Cicerone, *In Verrem*, 2, 4, 39,85; idem, 5, 11,1; Prudenzio, citaz. di M. Centini.

⁷² G. Ricciotti, *Vita di Gesù*, *op.cit.*, p. 177.

deve compiere con il *patibulum* sulle spalle, che può arrivare a pesare anche cinquanta Kg., ha funzione di debilitare ancor più un fisico già provato dalla flagellazione, ma anche di ammonimento per chi assiste. Di *patibulum* si tratta e non della croce tramandata dall'iconografia: infatti è quasi impossibile per un condannato portare una croce di oltre tre metri, del peso di molte decine di Kg. Che il condannato alla croce porti il suo *patibulum* lo confermano con precisione Plauto⁷³ ed Artemidoro.⁷⁴

La crocifissione, pur se attribuita a greci, cartaginesi e persiani, è divenuta nei secoli una pena tipicamente romana. Ne parlano abbondantemente molti autori romani, descrivendola come «pena crudele, miseranda e spaventosa».⁷⁵ Da Cesare sappiamo che lui stesso, in Spagna, fece crocifiggere tre schiavi.⁷⁶ Nelle provincie romane questa pena diventa uno dei principali mezzi per il mantenimento dell'ordine pubblico, e la turbolenta Giudea annovera numerose esecuzioni di questo genere. Basti dire che Varo (lo stesso di Teutoburgo) mandò in croce oltre duemila giudei e che, durante l'assedio di Gerusalemme, vennero a mancare il legno per le croci e lo spazio per innalzarle.⁷⁷

La croce romana è composta da due legni separati, lo *stipes* ed il *patibulum*. Lo *stipes* è la parte verticale della croce, un tronco od un palo già infisso in terra. Può essere poco più alto di un uomo e si tratta della *crux humilis* destinata all'uso normale. Nel caso di una condanna alla quale si voglia dare maggior risalto lo *stipes* è più alto, anche oltre i tre metri: si tratta della *crux sublimis*, la stessa utilizzata nel caso di Gesù. Il *patibulum* è la trave separata che viene

⁷³ Plauto, *Carbonaria*, 2 “Che porti il patibolo per la città e poi sia affisso alla croce”.

⁷⁴ Artemidoro, *Oneir*, 2, 56 “chi deve essere affisso alla croce, prima la porti”.

⁷⁵ Cicerone, *Pro Rabirio*, 5,16; idem, *In Verrem*, 2,5,64; G.Flavio, *La guerra...*, *op.cit.*, 7,6,4; Plauto, *Miles Gloriosus*, 372.

⁷⁶ Cesare, *De Bello Hispanico*, 20,5.

⁷⁷ G. Flavio, *La guerra...*, *op.cit.*, 5,11, 1.

unita allo *stipes* sul luogo della crocifissione; è caricato sulle spalle del condannato e legato alle braccia divaricate perché non scivoli e, soprattutto, per evitare che questi se ne liberi e tenti di fuggire. La forma della croce differisce a seconda che il *patibulum* venga fissato in cima allo *stipes*, formando una sorta di T (*crux commissa*), oppure inserito in un incavo dello *stipes* (*crux immissa*): è la croce a quattro braccia che conosciamo, sulla cui parte terminale viene apposto il “*titulus crucis*”.

Il *titulus crucis* è generalmente una tavoletta a fondo bianco con iscrizioni in rosso, che riporta le motivazioni della sentenza di condanna. Nel caso di Gesù l'iscrizione, che ci è nota con l'acronimo latino *I.N.R.I.*, è trilingue e dice «Gesù Nazareno Re dei Giudei»: è una frase che i sacerdoti vorrebbero far modificare, cosa che ottiene lo sprezzante rifiuto *quod scripsi scripsi* di Pilato.⁷⁸ Non si tratta solo di un sussulto di autorità e coraggio, quelli mancati nel pur formalmente corretto processo: rappresentando infatti il *titulus* la sentenza di condanna emessa, questa non poteva più essere modificata. Su questa tavoletta, una parte della quale si ritiene essere quella conservata nella Basilica romana di Santa Croce in Gerusalemme, esistono diversi studi ed opinioni. Uno studio recente, molto ben argomentato e documentato, ripercorre la storia del suo ritrovamento da parte di Elena, madre di Costantino, ed è opera del giornalista, storico ed antropologo M. Hesemann.⁷⁹ Il reperto evidenzia qualche difficoltà da parte dell'esecutore, probabilmente ebreo, che scrive i testi greco e latino da destra a sinistra, come d'uso per l'ebraico; inoltre qui il testo greco precede quello latino, a differenza di quanto narra Giovanni.⁸⁰ In ogni caso, che si accetti la descrizione di Giovanni o quella espressa nel *titulus* conservato a Roma, la condanna per il reato di lesa maestà appare incontrovertibile.

⁷⁸ Giovanni, 19, 21-22.

⁷⁹ M. Hesemann, *Titulus Crucis*, Torino, 2000.

⁸⁰ Idem, pp. 347-348.

Ci si è ripetutamente chiesti se la crocifissione sia avvenuta utilizzando i chiodi oppure la corda: la questione è attendibilmente risolta con l'accettazione della tesi dei chiodi.⁸¹ Per secoli l'iconografia ha mostrato come al *patibulum* fossero inchiodate le mani, precisamente i palmi. Vedremo però come una serie di esperimenti dello scorso secolo di un medico francese, nati dall'esame della Sindone, mostrino come i chiodi fossero piantati nei polsi: infatti i palmi trafitti non reggono il peso di un corpo abbandonato, mentre le ossa del polso bloccano il chiodo e sostengono il corpo.⁸² I carnefici romani, pur non avendo studiato anatomia, avevano un'esperienza tale da ben conoscere dove infiggere i chiodi.

Quanto ai piedi, i sistemi di crocifissione prevedevano due possibilità: nel primo caso sullo *stipes* veniva fissato una sorta di sgabello (*sedilis*) sul quale i condannati sedevano a gambe divaricate,⁸³ e ciò portava ad inchiodare i piedi separatamente, essendo difficoltoso sovrapporli. Nel secondo caso non esistevano sgabelli o simili, ed al condannato un unico chiodo trafiggeva i piedi sovrapposti. L'esistenza di un *sedilis* presuppone il prolungamento dell'agonia, potendo il condannato appoggiarsi; nell'altro caso è una possibilità preclusa, col crocifisso che deve far forza sui piedi inchiodati per sollevarsi. Per Gesù e gli altri due condannati non esiste alcun sostegno, e la prova inoppugnabile consiste nell'effettuazione del *crurifragium* ai condannati, richiesto a Pilato dai sacerdoti nell'intento di accelerarne la morte, affinché muoiano e siano inumati prima della Pasqua imminente.⁸⁴ Se avessero avuto il *sedilis*, lo spezzare le gambe avrebbe certo causato sofferenze aggiuntive, ma non avrebbe garantita la celere morte richiesta dalla particolare occasione.

⁸¹ Tra i tanti: Plauto, *Mostellaria*, 359-360; Seneca, *Dialoghi*, 7,19,3; E. Cantarella, *I supplizi capitali*, Milano, 2005, pp. 211-213; C. Augias, M. Pesce, *Inchiesta...*, *op.cit.*, p. 164; Paolo, *Lett. ai Colossesi*, 2, 13-14.

⁸² P. Barbet, *La Passion de N.S. Jésus Christ selon le chirurgien*, Issoudun, 1950.

⁸³ G. Flavio, *La guerra...*, *op.cit.*, 2,14,9.

⁸⁴ Giovanni, 19, 31-32.

Quando i soldati, dopo aver effettuato il *crurifragium* agli sventurati compagni di Gesù, si volgono a Lui, si rendono conto che è già morto e non lo colpiscono: uno di essi, però, per sicurezza infligge un colpo di lancia al costato, dal quale sgorgano sangue ed acqua (siero).⁸⁵

Riguardo alla fine di Gesù, la narrazione degli evangelisti è scarna su quel che accade sulla croce. Ciascuno, secondo i diversi ricordi e la personale inclinazione, dà spazio ai vari personaggi presenti all'agonia e morte di Gesù, ed alle sue parole in croce. In Marco e Matteo nessuna parola, tranne la disperata invocazione finale "*Eloì, Eloì, Lamà Sabactani?*" (Dio mio, Dio mio, perché mi hai abbandonato?), seguito dall'inarticolato forte grido che precede la subitanea morte.⁸⁶

Così Gesù, accusato dai sinedriti di essersi proclamato re dei Giudei e di volersi fare Cesare, condannato da Pilato per il crimine di lesa maestà, chiude poco regalmente la sua vita terrena.

Appurato e comunemente accettato che un insieme di ragioni hanno portato alla morte Gesù, stress, debilitazione, disidratazione, episodi settici, difficoltà respiratorie, insufficienza cardiaca, ecc., i patologi hanno indagato sulla causa primaria della morte, soprattutto legandola alle difficoltà respiratorie e alla conseguente morte per asfissia.⁸⁷ In tempi più recenti non il soffocamento ma un'ischemia cardiaca è indiziata di essere causa della repentina morte, per sovraccarico del cuore causato anche dal sangue denso per la disidratazione. Ciò concorda col grido finale di Gesù, impensabile in caso di soffocamento, e con l'effusione di sangue e siero al colpo di lancia del soldato.⁸⁸

⁸⁵ Idem, 19, 33,34.

⁸⁶ Marco, 15,34; Matteo, 27,46.

⁸⁷ R. W. Hynek, *Golgota*, Praga, 1936; M.G.Siliato, *Sindone*, Casale Monferrato, 1997, pp. 308-310.

⁸⁸ Tra gli altri, G.Ricci, *La Sindone Santa*, Roma, 1976, pp. 488-489; P. L. Baima Bollone, *Gli ultimi giorni di Gesù*, Firenze, 2003, pp. 56-70.

Nell'usanza romana il cadavere del crocifisso non viene sepolto, ma resta appeso per più giorni quale ammonimento e deterrente. Per i giudei questo è inconcepibile, perché l'appeso è considerato una maledizione del Signore e deve essere sepolto il giorno stesso della morte. A maggior ragione se si tiene conto dell'imminenza della Pasqua, che verrebbe impedita dalla contaminazione della città che l'esposizione dei cadaveri provocherebbe. Ecco il motivo della pressante richiesta a Pilato di far rompere le gambe ai crocifissi: la conseguente rapida morte consentirebbe la loro sepoltura prima del tramonto. Non conosciamo chi si occupi degli altri crocifissi, presumibilmente si tratta di incaricati del Sinedrio. Di Gesù sappiamo dai vangeli che se ne prende carico Giuseppe d'Arimatea, ricco membro del Sinedrio, uomo dabbene e suo discepolo occulto, che si reca da Pilato per richiederne il corpo. Pilato, avuto conferma della morte di Gesù dal centurione, asseconda la richiesta e ne dispone la consegna.⁸⁹La consegna ai familiari di un giustiziato è attestata dall'autobiografia di Augusto, che si vanta di essersi sempre attenuto alla prassi di non rifiutare la consegna del corpo del condannato ai parenti che lo richiedevano.⁹⁰ E' logico supporre che anche Tiberio si sia attenuto a questa prassi, nella cui scia si deve analizzare il permesso concesso da Pilato:⁹¹ Giuseppe, pur non parente del giustiziato, si presenta a Pilato con credenziali che lo convincono ad assecondare la richiesta. Che poi Gesù venga inumato in una tomba privata e non in quella comune a Pilato non importa, trattandosi di norme mortuarie ebraiche che non lo interessano. Per i giustiziati ebrei è previsto un luogo pubblico di sepoltura e solo dopo un

⁸⁹ B. Fabbrini, *La deposizione di Gesù nel sepolcro*, *SDHI LVI*, pp. 158-159; idem, p.178 "I vangeli mostrano di essere una fonte importantissima per gli studiosi di diritto romano. Sono una delle pochissime fonti del I sec. d.C. ad attestare un processo penale provinciale[...]compresa la fase della deposizione dalla croce e della sepoltura".

⁹⁰ Svetonio, *Augusto*, 13.

⁹¹ T. Mayer Maly, *Deposizione e sepoltura*, *SDHI LVI*, p.95.

anno, quando le salme saranno decomposte, la colpa sarà considerata estinta e le ossa potranno essere riunite nell'ossario di famiglia senza più rischio di contaminazione. Gesù viene invece deposto in una tomba nuova scavata nella roccia, nella quale nessuno è stato mai sepolto,⁹² e ciò spiega perché i sacerdoti non si oppongano: anche se situazione privilegiata, non c'è rischio di contaminazione o disonore perché nessun altro vi è deposto.

I tre sinottici sono sintetici ed assai simili nel descrivere la deposizione e sepoltura di Gesù: da loro sappiamo che Giuseppe compra un telo, depone il corpo di Gesù, lo avvolge nel telo e lo pone nel suo sepolcro nuovo scavato nella roccia. Giovanni fa anche intervenire Nicodemo, ricco discepolo occulto di Gesù, che compera 100 libbre di aromi ed aiuta Giuseppe a deporre ed avvolgere Gesù. I vangeli non parlano di una lavanda del corpo, ed è verosimile che questa non sia stata fatta. La sepoltura di Gesù avviene infatti secondo l'uso ebraico, per il quale sono quattro le categorie di persone che non ricevono la purificazione rituale: vittime di morte violenta, giustiziati per crimini di natura religiosa, proscritti dalla comunità ebraica, uccisi da non giudei. Per i giudei Gesù è incluso in tutte queste categorie. Nella narrazione di Luca e Marco, le donne che la domenica mattina si recano alla tomba vanno con profumi ed unguenti, ma non per lavarlo.⁹³

VII. LE FONTI

I Vangeli sono, insieme con gli Atti degli apostoli e le lettere di Pietro e Paolo, le fonti dirette principali se non uniche. Di dubbia attendibilità sono i vangeli apocrifi, che lasciano trasparire un chiaro intento apologetico ed una narrazione che spesso sconfinava nella fantasia descrittiva: non a caso la chiesa li ha espunti fin dall'inizio dai suoi documenti

⁹² Luca, 23, 53; Giovanni, 19, 41.

⁹³ Luca, 24, 1; Marco, 16, 1.

ufficiali, anche a costo di lacerazioni nel suo interno. Quanto alle fonti non cristiane, da esse possiamo trarre notizie, precisazioni, conferme; nessuna però offre testimonianze dirette della vicenda processuale di Gesù. Giuseppe Flavio, Tacito, Svetonio, Ulpiano, al pari di altri coevi, sono certo essenziali, ma “di cornice”, confermando od attestando quanto narrato dai vangeli.

Ancora in tempi recenti si è manifestato scetticismo od avversione sull'autenticità ed attendibilità dei vangeli, perché sarebbero frutto di stesure tardive, quando non costruiti ad arte. Si è parlato di stesure che vanno dal 70 per Marco al 100 d.C. per Giovanni, affermando come il trascorrere degli anni non sia testimonianza di genuinità o, peggio, che si tratti di costruzioni artificiali di non meglio precisate comunità cristiane primitive. Con questo discutibile modo di ragionare che credibilità possono avere allora gli *Annales* di Tacito quando parla di Tiberio, che ha iniziato il suo principato cento anni prima? E quanta Svetonio, che nelle sue *Vite dei Cesari* narra dei cesari a partire da Giulio Cesare, cioè due secoli prima? Eppure queste sono state accettate senza obiezioni nei secoli da storici e studiosi. Un altro particolare troppo facilmente dimenticato è che venti secoli or sono non esistevano le odierne possibilità di scrittura, registrazione di eventi ed immagini; gran parte della popolazione era analfabeta, e chi sapeva scrivere non era certo facilitato dall'uso di papiri e pergamene. La necessità era dunque quella della memorizzazione e trasmissione orale, cose per secoli praticate in occidente ed ancor oggi nel mondo islamico.

Ma se queste pur evidenti argomentazione non bastassero, ecco intervenire il caso e l'intuizione a fornire decisiva attendibilità ai vangeli: si tratta dalla scoperta, nel secolo scorso, dei rotoli di Kumran e del papiro Magdalen, che retrodatano in maniera decisiva i vangeli di Marco e Matteo, attestandoli a pochissimi decenni, ed ancor meno nel caso di Marco, dalla morte di Gesù.

Kumran identifica un isolato insediamento esseno sopra il mar Morto, distrutto nel 68 d.C. dai romani. I ritrovamenti in questa de-

solata località iniziano nel 1945, quando un pastore beduino scopre la prima anfora in una delle tante grotte. Gli archeologi ne vengono a conoscenza nel 1947, quando trovano in vendita antichissimi manoscritti presso antiquari di Gerusalemme. Le grotte vengono setacciate, e nel 1955 è il turno della grotta identificata come 7Q: il risultato è a prima vista deludente, soltanto diciotto frammenti di papiro in greco. E' chiaro che la grotta è già stata ripulita in precedenza. Da rilevare che in nessuna altra grotta vengono ritrovati testi in greco. Il più grande frammento viene identificato con la sigla 7Q5, con scritte su cinque righe per un totale di 20 lettere. Nessuno riesce ad identificare il testo dal quale proviene la scritta fino al 1972, quando il papirologo spagnolo José O' Callaghan pubblica i risultati di un suo studio⁹⁴ che dimostra come, utilizzando la tecnica della sticometria⁹⁵, si possano collocare le quattro lettere "nnes" dell'ultima riga all'interno di un brano evangelico. Più precisamente le lettere riguardano il termine "Gennesaret", nome aramaico del lago di Tiberiade, ed appartengono ai versetti 6, 52-54 di Marco delle edizioni greche.⁹⁶ Una controprova effettuata con lo stesso metodo su un altro frammento della grotta, mostra chiaramente un brano della prima lettera di Paolo a Timoteo. Si aggiunga che tutti i papirologi, pur senza conoscere il significato ma in base al tipo di scrittura ed altre particolarità grafiche, avevano già datato il frammento intorno al 50 d.C.

L'effetto tra gli studiosi è dirompente, perché viene anticipato di almeno due decenni il vangelo di Marco, ed ancor più se si tiene conto che l'originale in aramaico non poteva che precedere il testo

⁹⁴ J. O'Callaghan, *Papiros neotestamentarios en la cueva 7 de Qumran?* In *Biblica* 53, 1972, pp. 91-110.

⁹⁵ Sticometria, procedimento con cui si calcolava la lunghezza delle opere antiche in base ad un numero prefissato di sillabe o lettere per riga, utilizzato come unità di misura necessaria a fissare la remunerazione del copista.

⁹⁶ Marco, 6, 52-54 "[...] Compiuta la traversata approdarono a Gennesaret[...]".

tradotto in greco: si tratta del più antico manoscritto conosciuto del Nuovo Testamento.

Ma la grotta Q7 riserva un'altra sorpresa: viene rinvenuta anche un'anfora in frantumi che conteneva documenti, con impressa due volte sul collo l'iscrizione in ebraico *RWM* (che si legge Ruma o Roma), ed è appurato che il nome indichi la provenienza. Ciò sta a significare che Marco ha scritto il suo vangelo a Roma, al seguito di Pietro come la tradizione ha sempre indicato. Significa anche che tra gli esseni ritirati nel deserto esisteva una comunità cristiana, che aveva ricevuto da quella romana una copia di quello che si considera il primo vangelo composto.

Il papiro Magdalen deriva il suo nome dal Magdalen College di Oxford, che lo conserva. Tre frammenti del papiro sono stati donati al Magdalen dal rev. Charles Huleatt, in gioventù allievo del college, che li aveva acquistati in Egitto. Huleatt li aveva correttamente identificati come brani del vangelo di Matteo e datati all'inizio del IV secolo. Dopo decenni di oblio, nel 1953 Colin Roberts ne anticipa la datazione al II secolo, cosa che viene accettata senza contestazioni. Nel 1994 lo studioso e papirologo Karsten Thiede dimostra però, dopo approfondite analisi effettuate con l'ausilio di avanzate tecniche scientifiche, che la datazione deve essere anticipata al 65-66 d.C.⁹⁷ E' una datazione che verrà confermata dal ritrovamento di un altro papiro, scritto con lo stesso stile e grafia e con data certa, che contiene la seguente data «il dodicesimo anno dell'imperatore Nerone Claudio Cesare Germanico»,⁹⁸ cioè il 66 d.C. Accettare che, oltre Marco, anche Matteo abbia scritto prima della distruzione di Gerusalemme anticipa la stesura anche degli altri due vangeli, mette in discussione posizioni consolidate, e provoca anche in questo caso la dura ma non documentata reazione degli "addetti ai lavori".

⁹⁷ K. Thiede, M. D'Ancona, *Testimone oculare...*, *op. cit.*, p. 78 sgg.

⁹⁸ M. Astrua, *La storicità del vangeli, una guerra vinta*, Pessano con Bornago, 2009, p. 28-30.

VIII. LA SINDONE E LA SUA STORIA

Si tratta dell'oggetto archeologico più studiato al mondo, sul quale sono stati scritti centinaia di libri e notizie quasi quotidiane sui *media* di tutto il mondo. Basti dire che il primo libro sulla Sindone è stato scritto nel 1598, pochi anni dopo il suo trasporto a Torino. La particolarità che lo rende unico, oggetto di venerazione ma anche di aspre contese storico-scientifiche, è quella di essere ritenuto il sudario che ha avvolto e custodito il corpo di Gesù dopo la deposizione dalla croce. Si tratta di un tessuto di lino con trama a spina di pesce, all'epoca di particolare pregio, della misura di circa 4,40x1,10 mt. (originariamente 8x2 cubiti siriani). Quanto da secoli attira l'attenzione e suscita pietà, interesse o diffidenza, è ciò che la Sindone mostra impresso: la sagoma di un uomo disteso, con evidenti tracce di morte violenta.

Sul telo si notano diverse impronte, non facilmente comprensibili al primo sguardo.⁹⁹ Si possono osservare:

- l'immagine frontale e dorsale di una sagoma umana, composta in atteggiamento di grande serenità;
- macchie di sangue in corrispondenza delle ferite e lesioni a vario titolo riportate dall'uomo avvolto, ed un ampio alone di sangue e siero in corrispondenza della ferita al costato, che prosegue sul dorso;
- fori, aloni e macchie, causati sia dall'incendio subito a Chambery nel 1532, sia da altri incendi od incidenti.

Le prime notizie documentate che possediamo della Sindone risalgono al 1205 e si ricavano da una lettera di supplica al papa

⁹⁹ Per comodità descrittiva si farà riferimento, salvo specifica menzione, alle dettagliate fotografie sindoniche. La straordinaria ed inspiegata particolarità del telo è quella di essere un vero negativo fotografico, con rappresentazione speculare e invertita del corpo. Il telo però non è di facile diretta lettura, a causa dello scarso contrasto dell'immagine.

Innocenzo II inviata dal nipote dell'imperatore Isacco II Comneno, in cui si esprime lo sdegno per il saccheggio di reliquie, prima fra tutte la Sindone, effettuato da crociati e veneziani a Costantinopoli l'anno precedente. Secondo Comneno, la Sindone è stata portata ad Atene. Si ritiene che sia stata trafugata da Ottone de la Roche che, dopo la fallita crociata ed il sacco di Costantinopoli, viene nominato duca di Atene ed ivi risiede, prima di tornare in Francia e morire nel 1224. Non si hanno informazioni certe fino al secolo successivo; molti ritengono che sia custodita dai Templari, segretamente ad evitare sanzioni pontificie per un delitto punibile con la scomunica. L'ordine dei templari viene comunque soppresso nel 1312 e, tra le figure di spicco messe al rogo, c'è un Geoffroy de Charnay.

La Sindone riappare a Lirey nel 1324 nelle mani del suo feudatario, omonimo nipote del templare Geoffroy de Charnay finito al rogo; ciò può spiegare perché riappaia dopo un secolo in un piccolo paese francese. Gli eredi di Geoffroy conservano la Sindone per un secolo, fra litigi con la collegiata di Lirey che ne rivendica la proprietà e col vescovo di Troyes, con accuse di falso, richieste di scomunica, bolle e contro bolle papali, finché l'ultima erede, Margherita, la cede segretamente a Ludovico di Savoia in cambio del castello e della città di Flumet. Segue un periodo di squallidi mercanteggiamenti fra i canonici di Lirey, Margherita ed i Savoia, fino alla vendita definitiva della Sindone a Ludovico di Savoia da parte dei canonici di Lirey nel 1464. La Sindone resta da allora proprietà di Casa Savoia, che la trasferirà il secolo seguente a Torino, ove resterà, salvo brevi occultamenti per sottrarla a rischi di guerre. Nel 1983 verrà destinata, per legato testamentario dell'ultimo re d'Italia in esilio Umberto II, a papa Giovanni Paolo II e quindi alla Santa Sede, ma lasciata in custodia all'arcivescovo di Torino.

Si può dunque ritenere certa l'esistenza della Sindone nel 1205, ed il suo peregrinare da Costantinopoli ad Atene, in Francia e, successivamente, in Italia. Che si tratti dello stesso telo è confermato anche dalle tracce dei danni subiti nell'incendio di Chambery nella

cappella che la custodiva: si tratta di una serie di fori provocati da gocce d'argento fuso della teca che la conteneva, e degli aloni dell'acqua utilizzata per spegnere il fuoco.

Abbiamo parlato del cammino della Sindone in Europa, a seguito del sacco di Costantinopoli. Ci si pone però, giustamente, la domanda di quali siano state le vicissitudini di questo telo nei secoli intercorsi tra il 30 d.C. ed il suo apparire nel 944 a Costantinopoli, dove verrà custodita fino al 1204, quando la Sindone viene trafugata.

E' arduo stabilire chi abbia raccolto e conservato la Sindone nei primi decenni seguenti la morte di Gesù, ed i racconti e le più varie credenze si intrecciano. Occorre partire da alcuni punti fermi. Il sudario di Gesù è qualcosa di estremamente imbarazzante e pericoloso: per gli ebrei è un oggetto impuro che ha avvolto il cadavere di un giustiziato, e non è pensabile che siano i Sacerdoti a conservarlo; per i romani è qualcosa di disonorevole perché testimonia una crocifissione, e ben poco interessa loro un telo sporco e macchiato di sangue; scartata anche l'improbabile consegna alla moglie di Pilato, restano i discepoli. E' vero che questi sono ebrei, vincolati ai precetti che riguardano il trattamento dei cadaveri e da quanto da essi contaminato, ma è altrettanto è più vero che si tratta di tutto ciò che di tangibile hanno di Gesù, il loro *Rabbì*. Inoltre, se è vero che Gesù è apparso loro in carne ed ossa più volte, come non pensare che le remore ed i precetti ebraici si affievoliscano? Non è allora irragionevole credere che siano loro a conservare gelosamente ed in segreto il lenzuolo funerario. Se infine aggiungiamo il destino di Gerusalemme, la sua duplice spietata distruzione ad opera dei romani e la conseguente diaspora del popolo ebraico, si comprende perché chi detiene quello che considera un tesoro inestimabile si muova con circospezione. E' allora ingenuo o poco sensato accampare la mancanza di attestazioni certe in un periodo che ha vissuto la fine del mondo ebraico, le persecuzioni ai cristiani, le invasioni barbariche, la caduta dell'impero romano d'occidente, la nascita

e l'espandersi dell'Islam. Un mondo, cioè, che ha visto affievolire e poi dissolversi la *pax romana* e le sue regole, dure ma portatrici di equilibrio e pace sociale. Malgrado tutto ciò la Sindone ha lasciato tracce ed indizi nel percorso che l'ha portata al suo approdo a Costantinopoli nel X secolo.

Fuggendo da Gerusalemme, oggetto della distruzione romana del 70 d.C., i giudeo-cristiani prendono dapprima la via di Pella, nella Decapoli, dalla quale poi, dopo la distruzione della città nel 131 d.C. operata dai romani a seguito della rivolta capeggiata da Bar Kocheba, raggiungono Edessa. La città è la capitale del regno indipendente di Oshroène, situato tra impero romano e Persia, ove la lingua parlata è lo stesso aramaico di Gerusalemme. Un'icona del V secolo mostra la presentazione al re Agbar del telo sindonico da parte dei profughi al loro ingresso in Edessa: il re dispiega sulle ginocchia un lungo lino che mostra l'impronta di un viso simile a quello della Sindone. Va ricordato che a Edessa viene edificata quella che è ritenuta la prima chiesa cristiana, e che nel 170 il regno di Oshroène si dichiara ufficialmente cristiano.

Nel 212 Caracalla occupa Edessa e rovescia la dinastia, creando la *Colonia Edessenorum*.¹⁰⁰ Intanto il cristianesimo è divenuto nemico politico dell'impero e viene perseguito, con la comunità cristiana che sprofonda nella clandestinità. Secondo la tradizione il telo "*Acheiropoietos*" (non dipinto da mano d'uomo) viene nascosto in un'alta nicchia delle mura, dove resterà, fino a perderne le tracce, per oltre tre secoli.

Edessa è sulla strada di tutte le battaglie tra i romani d'occidente e poi d'oriente ed i persiani, che si alternano nel controllo della città. Nel 544 i persiani, con Cosroe I, assediano la città ed iniziano la demolizione delle mura, quando accade l'imprevisto: viene rinvenuta una nicchia murata che racchiude il telo. Gioia ed emozione esplodono tra gli assediati, che percorrono osannanti le

¹⁰⁰ M.G.Siliato, *Sindone, op.cit.*, p.164.

mura dispiegandolo. I persiani osservano con superstizioso timore, che si trasforma in terrore quando il forte vento alimenta un incendio che distrugge accampamento e macchine da guerra. Cosroe è costretto a togliere l'assedio e l'anno seguente firma la tregua con Giustiniano. Conosciamo questi avvenimenti perché vengono descritti con precisione da Evagrio Scolastico, prefetto imperiale di Antiochia e storico di valore.

La ritrovata conoscenza del viso modificherà i canoni artistici fino ad allora seguiti, che mostravano Gesù con capelli corti e lineamenti giovanili, adeguando rapidamente ritratti ed incisioni alla figura impressa. Questa è inequivocabilmente rappresentata nelle monete bizantine coniate dal VI secolo in poi. Giustiniano fa edificare una chiesa sontuosa, che chiama *Haghia Sophia* (come quella di Costantinopoli), nella quale viene conservato il telo ripiegato in modo da mostrare il solo viso, celando il corpo nudo e martoriato inaccettabile per gli antichi cristiani.¹⁰¹ Ma Edessa non ha pace, e viene conquistata dagli arabi nel 638. Un patto di vassallaggio la risparmia dal saccheggio; il culto viene concesso con forti limitazioni, soggetto all'arbitrio di sovrani o governatori fanatici. L'esposizione ed il culto del Telo, pur rispettato, diverranno sempre più prudenti e difficili nei tre secoli che seguiranno.

Nel 944 l'imperatore bizantino Romano Lecapeno decide che il Telo venga tolto al controllo degli arabi, e conservato a Costantinopoli. Dietro minaccia di assedio, tratta con il califfo Al Muttaqi la consegna del telo, convincendolo con una generosa offerta. Malgrado l'opposizione della comunità cristiana edessena, la reliquia giunge a Costantinopoli il 15 agosto nel tripudio generale, con la famiglia imperiale ad attenderla: una miniatura

¹⁰¹ La piegatura verrà denominata "*Tetradiplon*" (quattro volte doppio) e fa sì che emerga il solo volto. Recenti foto della Sindone fatte a luce radente hanno evidenziato tracce di piegatura che si accordano con le descrizioni della tradizione (J. Wilson, *British Society for Turin Shroud* "*Icone ispirate alla Sindone, testimonianze del VI secolo*").

del *Codice Skylitzes*, della Biblioteca Nazionale di Madrid, mostra il Telo dispiegato tra le braccia dell'imperatore, che lo bacia devotamente. In un' omelia dell'anno seguente, il dignitario incaricato di tenere i rapporti tra l'imperatore ed il patriarcato, Gregorio il Referendario, parla dell'impronta portata da Edessa «impressa delle sole gocce dell'agonia[...]ulteriormente abbellita dal sangue sgorgato dal suo stesso fianco».

C'è infine un altro importante documento del XII secolo, il "*Codice Pray*" della Biblioteca Nazionale Széchényi di Budapest, che mostra due immagini inequivocabili: la prima mostra l'unzione del corpo di Gesù, che presenta caratteristiche simili a quelle della Sindone; la seconda mostra la scoperta nella tomba del lenzuolo funebre, con la stessa inconsueta tessitura a spina di pesce e quattro fori disposti a L, che anche la Sindone presenta, forse tracce di un'antica bruciatura da cera fusa.

E' quindi un percorso tormentato quello della Sindone nei primi secoli, almeno fino al suo arrivo a Costantinopoli, fatto di apparizioni ed occultamenti. Certo mancano le incontestabili prove che possediamo da Costantinopoli in poi, ma è innegabile la presenza di indizi, testimonianze, notizie e raffigurazioni che giuridicamente si definiscono seri, ripetuti, precisi e concordanti, e che ben si saldano al periodo francese ed italiano, assicurando, al di là di ogni ragionevole dubbio, continuità e piena attendibilità storica.

IX. RAFFRONTI TRA SINDONE E NARRATO EVANGELICO

Quanto verrà esposto non parte dai singoli episodi evangelici allo scopo di cercare conferme nel telo sindonico. Il viaggio è inverso: partire da quanto appare e procedere a ritroso, verificando se esiste compatibilità tra quanto si può rilevare sulla Sindone e quanto i vangeli dicono, oppure se la loro spesso scarna descrizione può essere ragionevolmente integrata da quanto la Sindone mostra. Parlando in termini giuridici è dimostrare se tale reperto, ritrovato dopo

secoli di occultamenti e traversie, sia appartenuto all'uomo Gesù, crocifisso venti secoli fa a Gerusalemme secondo modalità proprie dell'occupante romano, come dai vangeli narrato.

Occorre ricordare che la Sindone è di non facile interpretazione alla diretta osservazione, a causa dello scarso contrasto dell'immagine col tessuto che va ingiallendo col tempo. E' stato solo a partire dalla prima fotografia, scattata nel 1898 dall'avvocato e fotografo dilettante Secondo Pia, che si sono evidenziati, appunto con precisione fotografica, particolari che *ictu oculi* sono di difficile percezione. E qui parliamo subito di una particolarità straordinaria della Sindone, che sino ad oggi nessuno ha saputo compiutamente dimostrare o ripetere: il lenzuolo è un vero e proprio negativo fotografico. E' come se l'immagine che vediamo all'osservazione diretta fosse quella riflessa in uno specchio. Per questo tutti i dati di seguito esposti si riferiscono al corpo dell'uomo, e non a quello che la Sindone mostra a rovescio. Per esemplificare, se parliamo del braccio sinistro si tratta del braccio dell'uomo, che sulla Sindone appare come destro. Che non si sia trattato di errori di un fotografo dilettante, alle prese con una tecnica in via di sviluppo, verrà confermato dalle fotografie ufficiali del 1931 e 1969 (per la prima volta a colori), oltre alle migliaia scattate con attrezzature d'avanguardia da studiosi e scienziati di ogni branca.

Per facilità di lettura, la terminologia tecnica e le spiegazioni mediche e scientifiche saranno ridotte al necessario, rispettandone però significati e conclusioni. Ogni più ampio approfondimento è comunque ricavabile dalle opere a nota citate.

Ciò che il lenzuolo sindonico mostra all'osservatore, seppure con i limiti sopra descritti, sono le impronte anteriore e posteriore, contrapposte per il capo, di un uomo disteso in posizione supina, con le mani incrociate sul pube, i piedi sovrapposti e la testa reclinata in avanti. Viene calcolata una statura intorno ai 180 cm., un peso

stimato di 75 Kg.; l'età che si deduce dall'impronta del volto e del corpo è quella di un uomo di circa 40 anni, di vigorosa struttura.¹⁰²

La lastra sepolcrale sulla quale è stato disteso il corpo avvolto nel telo è stata probabilmente cosparsa da un consistente strato di aromi, che ha creato una sorta di morbido cuscinetto. Lo si deduce dal fatto che l'impronta dorsale non mostra appiattimenti delle parti prominenti (glutei, polpacci, spalle). E' agevole il riscontro col Vangelo di Giovanni, in cui appare Nicodemo al momento della deposizione e sepoltura, che porta 100 libbre di aloe e mirra, con evidente funzione di contrastare la decomposizione del cadavere ed il conseguente cattivo odore che avrebbe emanato. Va ricordato che il corpo non è stato lavato od unto, cosa non prevista dal rituale ebraico per questo tipo di morte. Se lo si fosse fatto si sarebbero perse tutte le tracce ematiche che sono invece presenti sul telo.

Sulla parte destra del torace è presente un'ampia macchia di sangue, di circa 6x15 cm, che si estende alla parte posteriore, all'altezza dei lombi. E' procurata da una ferita al costato, con caratteristiche di un colpo di lancia inferto dal basso verso l'alto. Si tratta di sangue e liquido acquoso, ben distinti nelle macchie impresse sul tessuto.¹⁰³ E' conferma che l'uomo della Sindone è stato colpito a morte avvenuta, come confermato alla lettera da Giovanni.¹⁰⁴ In corrispondenza della fronte, del cuoio capelluto e della nuca si rilevano numerosi segni puntiformi, dai quali scendono rivoletti di sangue. Ai lati della fronte si osservano due colature con diversa inclinazione, corrispondenti alle diverse inclinazioni del capo durante l'agonia. Al centro

¹⁰² P. L. Baima Bollone, *Sindone, storia e scienza*, Ivrea, 2010, pp. 185-190.

¹⁰³ Idem, *Sindone...op. cit.*, p. 193. "Al momento del ferimento è uscita la parte corpuscolata rossa, e successivamente quella sierosa-acquosa, fenomeno definito *dissierazione*. E' estremamente significativo, perché ciò si realizza solo dopo la morte".

¹⁰⁴ Giovanni, 19, 33-34, "[...]quando (i soldati) videro che era già morto non gli ruppero le gambe, ma uno dei soldati con la lancia gli aprì il costato; e subito ne uscì sangue ed acqua".

spicca un rivolo, che ha assunto la forma di un 3 per il corrugamento della fronte causato dall'intenso dolore. La distribuzione delle lesioni sul capo porta a considerare che si sia trattato di una sorta di corona calzata a forza in testa. Pure qui abbiamo conferma nei vangeli, che parlano di una corona di spine.¹⁰⁵Il volto mostra segni di numerose lesioni traumatiche: tra le arcate sopraccigliari si notano ferite; il naso è ferito, tumefatto e presenta una deviazione causata da trauma; la parte destra del viso è pure tumefatta ed è solcata da due rivoli di sangue usciti dalla ferita nasale. Anche le ginocchia appaiono escoriate e contuse.¹⁰⁶Verificando i vangeli è agevole il riscontro con la descrizione degli schiaffi, delle percosse e delle bastonate sulla testa ricevute dai soldati. E' verosimile, anche se i vangeli non ne parlano, il ripetersi di percosse durante la *via crucis*, e l'effetto di cadute in avanti sotto il peso del *patibulum*. Proprio al *patibulum* si legano due macchie quadrangolari nella parte dorsale, prodotte dall'oscillazione della trave trasportata che provoca escoriazioni sulle zone scapolari.¹⁰⁷Non si tratta però di lesioni dirette, ma presuppongono la presenza di qualcosa tra il corpo ed il legno: tutto combacia con quanto descrivono gli evangelisti, di Gesù che viene rivestito dai soldati e caricato del *patibulum*.

Sulla parte frontale dell'immagine, ma soprattutto sul dorso, appaiono decine di piccoli segni tondeggianti simili ad un'eruzione cutanea. I vari medici legali che analizzavano le foto avevano ipotizzato trattarsi di qualcosa mai vista su un corpo vivente o su raffigurazioni: gli effetti di una flagellazione. Nel 1976 le analisi effettuate a Pasadena con strumentazione avanzata daranno conferma inequivocabile: i segni sono piccole ferite tondeggianti, riunite a due a due. Si tratta di lacerazioni quasi invisibili ad occhio nudo, ma sufficienti a stillare sul tessuto una piccola quantità di sangue e

¹⁰⁵ Matteo, 27, 29; Marco, 15, 17; Giovanni, 19, 2; 19, 5.

¹⁰⁶ P. L. Baima Bollone, *Sindone...*, *op. cit.*, pp.195-196.

¹⁰⁷ P. Barbet, *La Crocifissione e la Sindone*, New York, 1995.

siero. E' l'effetto di una flagellazione effettuata col *flagrum taxillatum* in uso alla truppe romane, impugnato da due esecutori. Si contano circa 120 colpi di sferza, ma il conteggio sale considerando che le parti laterali del corpo non appaiono sul telo. Anche in questo caso ciò che la Sindone evidenzia trova precisa conferma nei vangeli, che parlano esplicitamente della flagellazione subita da Gesù.¹⁰⁸

Le rappresentazioni pittoriche hanno quasi sempre mostrato Gesù crocifisso con chiodi nei palmi, ed i piedi sovrapposti trafitti da un solo chiodo. La Sindone mostra senza equivoci i piedi trafitti nei calcagni, con ampie colature di sangue sul dorso e sulla pianta di ambo i piedi. La maggioranza degli studiosi propende per un unico chiodo, e solo pochi parlano di due chiodi. Una conferma del chiodo unico e del *crurifragium* è giunta da una tomba scoperta nel 1968 nei pressi di Gerusalemme, contenente l'urna datata intorno al 70 d.C. di un uomo, Jehohanan Ben Hgqwl, sottoposto ad evidente crocifissione¹⁰⁹. Nel calcagno destro era rimasto infisso il chiodo che aveva trapassato entrambi i talloni, con la punta ritorta e frammenti di legno d'ulivo. In più tibia e perone mostravano i segni di una violenta frattura: il *crurifragium*.

La grande sorpresa della Sindone è stata mostrare i segni dei chiodi infissi nei polsi, pratica confermata dai resti del crocifisso del 70 d.C., il cui arto superiore mostrava le abrasioni ossee provocate da un chiodo infisso tra ulna e radio¹¹⁰, e lunghe colature di sangue che dagli avambracci risalgono verso i gomiti, cosa dovuta alla posizione del crocifisso, con le braccia tese verso l'alto per il peso del corpo.

Il primo a dare spiegazione dei chiodi nei polsi e non nei palmi è l'anatomista Pierre Barbet, che dimostra con esperimenti su cadaveri come i palmi non reggono il peso di un corpo, ed individua

¹⁰⁸ Matteo, 27, 26; Marco, 15, 15; Giovanni, 19, 1.

¹⁰⁹ B. Barberis, M. Boccaletti, *Il caso Sindone non è chiuso*, Cinisello Balsamo, 2010, pp. 120-123.

¹¹⁰ M. G. Siliato, *La Sindone, op.cit.*, pp. 292-293.

il punto nel cosiddetto “spazio di Destot”, nel polso.¹¹¹ In quello spazio il chiodo si inserisce senza causare fratture, ed i polsi reggono un corpo sospeso. Simili esperimenti verranno ripetuti da altri anatomisti, tra i quali Judica Cordiglia, con identici risultati. Evidentemente ai romani questo era noto per esperienza e pratica ripetuta..

Quanto alla stranezza che sulla Sindone non appaiano i pollici, ciò si spiega con la lesione del nervo mediano, causata dall'ingresso del chiodo, che provoca la ritrazione del pollice.

I vangeli non parlano di palmi o polsi, ma genericamente di mani e chiodi.¹¹² La crocifissione con l'uso di chiodi, che la Sindone mostra, trova quindi piena conferma nei vangeli; in più fornisce un'informazione che, pur da essi non riportata, non li contrasta, anzi li arricchisce di nuovi particolari: l'inchiodatura nei polsi.

X. LA SCIENZA DOVE L'OCCHIO NON PUÒ VEDERE

Nel paragrafo precedente si è esaminato ciò che la Sindone mostra, direttamente od attraverso le più nitide fotografie. Ma le sue sorprese non sono terminate: cinquant'anni di ricerca scientifica hanno portato novità, spesso sconvolgenti ed invisibili alla diretta osservazione, che hanno fatto conoscere caratteristiche impensate del telo e dell'uomo avvolto, aggiungendo loro ulteriore veridicità. Il raffronto coi vangeli diviene ovviamente impossibile, ma quello che la scienza ha scoperto nulla toglie alla loro narrazione, anzi, li rafforza nell'autenticità e credibilità.

Uno dei problemi che ci si è posti è stato quello di verificare se quelle che sul telo appaiono come macchie di sangue in realtà lo siano, e riuscire a determinarne le caratteristiche. Utilizzando fili macchiati del telo e minuscole croste da polveri aspirate, Baima Bollone

¹¹¹ P. Barbet, *La Passion...*, *op. cit.*

¹¹² Giovanni, 20, 24-29 “[...] ma egli (Tommaso) oppose loro: se non vedo nelle sue mani il segno dei chiodi e non metto il mio dito al posto dei chiodi, non crederò”.

è riuscito con l'ausilio delle più avanzate apparecchiature prima a chiarire che il sangue che macchia il telo è di natura umana, in seguito a determinarne il gruppo sanguigno in AB. Questo è poco frequente in Europa (circa il 5% della popolazione), mentre tra gli ebrei è assai più diffuso, e raggiunge il 20%. Dagli esami appaiono significativamente anche tracce di aloe e mirra.¹¹³ Questi esami sono stati ripetuti e confermati da altri ricercatori indipendenti¹¹⁴.

Quanto alla ricerca del DNA gli studi sono in corso, complicati dalla scarsità del materiale da analizzare e dalle innumerevoli tracce lasciate da chi per secoli ha maneggiato la Sindone. Gli studi più accreditati sono ancora di Baima Bollone in collaborazione con un'équipe scientifica dell'Università di Genova, e quelli dell'Università di San Antonio nel Texas,¹¹⁵ che confermano trattarsi di sangue umano molto antico. Un'altra ricerca, effettuata dal team del prof. Gianni Barcaccia presso il laboratorio di genetica dell'Università di Padova, ha identificato nelle polveri sindoniche numerose particelle di origine umana, «appartenute a più individui geneticamente diversi, tutti riconducibili a gruppi europei, nordafricani e mediorientali, soprattutto a popolazioni di paesi che si affacciano sul Mediterraneo». ¹¹⁶ E' un dato che pone una difficoltà in più a chi contesta la provenienza mediorientale della Sindone, attribuendole un'origine centroeuropea.

Tra le diverse analisi effettuate sulle polveri sindoniche, c'è stata la ricerca di pollini della flora presente lungo il cammino della Sindone. I granuli di polline hanno la caratteristica di resistere ad acidi ed alcali, al calore ed al gelo, sì che è possibile identificarli

¹¹³ P. Baima Bollone, *Sindone...*, *op. cit.*, pp. 230, 233-234.

¹¹⁴ Fra i tanti, B.Barberis, G.M.Zaccone, *La Sindone, cento anni di ricerca*, Roma, 1998, pp. 165-184; L.Garza Valdes, *The DNA of God*, New York, 1991, p. 19.

¹¹⁵ O.Petrosillo, E. Marinelli, *La Sindone, storia di un enigma*, Milano, 1998, pp. 85-86.

¹¹⁶ G. Fanti, S.Gaeta, *Il mistero della Sindone*, Milano, 2013, pp. 186-187, che citano la ricerca del prof. Barcaccia.

anche a distanza di migliaia di anni. La scienza che se ne occupa è la palinologia.

I più importanti studi sono stati effettuati dal ricercatore Max Frei, svizzero calvinista, affermato palinologo e consulente di polizie e tribunali. Nel 1973 e nel 1978 viene incaricato di effettuare prelievi sul telo, che realizza grazie a speciali nastri adesivi che inglobano le tracce presenti. All'epoca delle fioriture Frei raccoglierà campioni a Gerusalemme e sui monti della Giudea, ad Urfa (l'antica Edessa), a Cipro, Costantinopoli, nel nord est della Francia ed in Italia settentrionale. Il materiale raccolto gli consentirà di stilare una mappa dei luoghi e delle piante che riguarda 58 pollini raccolti. Secondo Frei esiste una sola zona in cui crescono 45 di queste piante: è l'area circostante Gerusalemme. Delle altre piante, due crescono esclusivamente ad Urfa/Edessa; una nella zona di Costantinopoli; le altre crescono tuttora in Europa (nel 1560 la Sindone è esposta a Vercelli, zona di risaie: tra i pollini europei identificati figura quello del riso). Frei muore improvvisamente nel 1983, lasciando incomplete le sue ricerche. I lavori sino ad allora effettuati sono stati oggetto di studi e verifiche specialistiche e finora nessuno è riuscito a scalfire le sue valutazioni che, anzi, hanno ottenuto conferme e rivalutazioni.

Ma altri particolari e sorprese ha riservato la ricerca scientifica: in un congresso di studiosi tenutosi ad Albuquerque nel 1978 viene annunciato che sul volto della Sindone si osservano «forme simili a bottoni appoggiati sulle palpebre, forse qualche tipo di moneta». Un'identificazione viene proposta da Francis Filas dell'Università di Chicago, che riferisce di aver rilevato nell'orbita destra la scritta *U CAI* e l'immagine di un bastone ricurvo, il *lituus* degli àuguri pagani.¹¹⁷ La scritta, identificata in *TIBERIOU CAISAROS*, è riportata su un *dilepton lituus* circolante tra il 29 ed il 32 d.C. E' un'interpretazione contestata perché avrebbe dovuto essere *KAISAROS*, finché non viene ritrovata presso un numismatico di Chicago, in

¹¹⁷ P. Baima Bollone, *Sindone...*, *op.cit.*, pp. 246-247, 261-266.

un gruppo di quattordici *dilepton lituus*, una moneta con la scritta *CAISAROS*. Si tratta dunque di un errore di conio (queste monete venivano battute anche nelle provincie, con frequenti piccoli errori). Nel 1996 Baima Bollone ed i suoi collaboratori identificano, grazie all'elaborazione tridimensionale del volto, un'altra moneta nell'orbita sinistra con la corretta scritta *KAISAROS*, ma con al centro la figura di un *simplum*, tazza sacrificale romana. Questa seconda moneta consente un'inoppugnabile datazione, perché contiene anche la scritta *LIS*, cioè il 16° anno di Tiberio (L=anno; I=dieci; S=sei), il 29-30 d.C.¹¹⁸ Anche l'obiezione che non era usanza degli ebrei porre monete sugli occhi del defunto verrà confutata dal ritrovamento a En Boqeq, Gerico e Gerusalemme, di scheletri del I sec. d.C. con monete all'interno del teschio.¹¹⁹

Un'altra delle tracce disseminate nella Sindone riguarda l'esistenza di possibili scritte intorno al volto. I due fisici nucleari francesi A. Marion ed A.L.Courage annunciano di aver individuato alcune scritte grazie alla tecnica microdensitometrica. Si tratta dei termini *INNECE* (contrazione di *in necem*= a morte), *NNAZAPENUS* (nazareno), *JESHUA* (Gesù, in ebraico), *IC* (*Iesus Christus*) e *PEZW* (attesto, in greco).¹²⁰

E' pensabile sia opera di un *exactor mortis*, incaricato di verificare la morte del condannato e di identificarlo. Se le verifiche confermeranno le letture della Frale e di Luraschi avremmo, insieme al *LIS* che si legge sull'occhio sinistro, l'indiscutibile conferma della morte e sepoltura dell'uomo della Sindone, che le scritte indicano in Gesù Nazareno.

Ma quella che si può forse ritenere la più straordinaria, inaspettata scoperta, arriva dalla curiosità e dall'intuizione di uno scien-

¹¹⁸ Idem, pp. 248-250.

¹¹⁹ M. Moroni, F. Barbesino, *Apologia di un falsario*, Milano, 1997.

¹²⁰ J. Lèveque, R.Pugeaut, *Le Saint Suaire*, Paris, 2003, pp. 187-189; B. Frale, *La Sindone di Gesù Nazareno*, Bologna, 2009; G.Luraschi, *La Sindone alla luce della ragione*, Chiavenna, 2010, p. 34.

ziato statunitense. Osservando nel 1975 le fotografie della Sindone del 1931 e considerando che l'impronta era più intensa dove, secondo logica, il telo aveva aderito al corpo, oppure spariva dove il telo era distante, a John Jackson, fisico matematico che lavorava ai raggi laser ad Albuquerque, venne in mente di utilizzare per quelle immagini la tecnica applicata alle fotografie satellitari, in grado di trasformare fotografie piatte in immagini in rilievo trasformando le variazioni di intensità in misure di distanza tra i vari punti. Insieme con Don Devan, ebreo ortodosso, diede il via al più stupefacente progetto di lettura computerizzata mai tentato di un oggetto archeologico: a ciascuna delle diverse gradazioni di colore venne assegnato un valore di altezza in base alla distanza calcolata dal microdensitometro di Devan, che portò a 65.536 valori di grigio. Nell'impresa di leggere, decifrare e trasformare i chiaroscuri in immagine tridimensionale vennero coinvolti i maggiori specialisti mondiali di analisi dell'immagine del *Sandia Laboratory* di Albuquerque, che utilizzarono il segretissimo analizzatore di immagini VP8. Quanto l'apparecchio ebbe finito il suo lavoro, spuntò sullo schermo la sagoma plastica di un corpo umano disteso.¹²¹ Lo stupore fu indescrivibile, paragonabile a quello di Secondo Pia all'apparire della prima lastra fotografica, e pure in questo caso si pensò a possibili anomalie.

L'esperimento venne ripetuto sulle fotografie di due accurate copie pittoriche della Sindone, ma ne uscirono immagini distorte, al pari di altre pitture analizzate. Un ulteriore esperimento, eseguito su alcune fotografie più recenti della Sindone, produsse invece dei risultati ancora più accurati e ricchi di particolari. A quel punto si unirono al gruppo i tecnici del *Jet Propulsion Laboratory* di Pasadena, dove erano state elaborate le foto di Venere e Mercurio scattate dalla sonda *Mariner*, con l'ausilio del loro gigantesco IBM 365. Fu un lavoro difficilissimo di ripulitura dei segni, macchie d'acqua,

¹²¹ M.G.Siliato, *Sindone, op. cit.*, pp. 55-61.

rappezzi e, soprattutto, dei segni di ordito e trama della tela che si confondevano con l'impronta. Ne emerse una figura come posata senza peso sulla stoffa. Non si notava alcuna direzionalità, cosa che avrebbe implicato l'esistenza di una pittura. Il viso mostrava i traumi subiti: lo zigomo destro tumefatto e la palpebra gonfia; il naso escoriato e la cartilagine nasale distorta e distaccata dall'osso; la fronte tumefatta sopra il sopracciglio sinistro, così come la guancia e le labbra.¹²²

Veniva così a cadere l'ipotesi pittorica della Sindone, che per secoli ha rappresentato la spiegazione principale della formazione dell'immagine sindonica.

Si conoscono almeno una cinquantina di copie pittoriche, alcune di discreta fattura, altre copie dichiarate, messe a contatto con l'originale per farne un'icona a scopo devozionale. Tutte hanno in comune il fatto di essere dipinte, ma ogni dipinto ha la sua direzionalità e coloranti facilmente identificabili: sulla Sindone sono stati effettuati test fisici e chimici di ogni genere, ma non è emersa alcuna traccia di coloranti. Neppure il tentativo di aggredire l'impronta con solventi ha prodotto risultati: il colore della Sindone, in realtà, si può definire un "non colore". Un'altra insormontabile difficoltà è data dalla visibilità dell'impronta, che perde nitidezza più ci si avvicina, fino a confondersi col colore di fondo a meno di due metri di distanza. Come avrebbe potuto un pur geniale falsario medievale dipingere la figura? Inoltre, come avrebbe potuto dipingere l'immagine dorsale di un uomo in posizione supina?

Ma altri problemi avrebbe avuto questo geniale artista medievale: come apporre il sangue di un gruppo sanguigno raro, che restasse inalterato nei secoli; come distinguere il sangue dal siero; come non impregnare di colore le fibre del tessuto. Avrebbe dovuto prevedere centinaia di piccoli segni effetto del *flagrum taxillatum* e della corona di spine; avere ampie conoscenze numismatiche; es-

¹²² M. G. Siliato, *Sindone, op.cit.*, pp. 63-64.

sere esperto di fotografia secoli prima della sua invenzione e quindi dipingere un negativo fotografico; disseminare il telo di pollini ed aromi mediorientali; porre sui talloni e sulle ginocchia residui di terriccio identificato come proveniente dalla zona di Gerusalemme; dipingere una figura tridimensionale; inventare una crocifissione ai polsi ed il trasporto del solo *patibulum*, andando contro secoli di tradizione pittorica.

Alcuni hanno sostenuto trattarsi di Leonardo, dimenticando però che il genio toscano è vissuto oltre cinque secoli dopo il trasporto della Sindone a Costantinopoli... Resta poi sempre da fare una considerazione, banale ma essenziale: con tutte queste conoscenze ed accortezze perché mai un tale genio avrebbe dovuto usare un telo coevo, facilmente identificabile?

Scartata *ob torto collo* l'ipotesi pittorica, gli irriducibili negazionisti dell'autenticità si sono cimentati in altre prove. L'antropologo Vittorio Pesce Delfino ha tentato di dimostrare che l'immagine sarebbe stata ottenuta applicando il telo su un bassorilievo riscaldato a 220°. ¹²³ A parte i problemi di maneggiare un bassorilievo di centinaia di Kg. surriscaldato, le obiezioni sono le stesse viste per la pittura, con l'aggiunta di due: la prima è che l'impronta sindonica è superficiale ed interessa solo due o tre fibrille, mentre qui trapassa il tessuto e svanisce in pochi mesi; l'altra è come posizionare con esattezza le tracce di sangue prima di porre il telo sul bassorilievo riscaldato, senza che il sangue si alteri al calore: posizionarlo a posteriori non è possibile, perché sotto le croste di sangue della Sindone il telo non è colorato. ¹²⁴

Alcuni scienziati hanno fatto ricorso a cadaveri cosparsi con polveri od aromi vari; altri spiegano l'impronta come l'effetto di vapori ammoniacali del sangue e del sudore. Per altri ancora si tratta dell'immagine prodotta dal contatto del corpo cosperso di aromi,

¹²³ V. Pesce Delfino, *E l'uomo creò la Sindone*, Bari, 1982.

¹²⁴ O. Petrosillo, E. Marinelli, *La Sindone...*, *op.cit.*, pp. 97-99.

come le impronte di foglie e fiori sulle pagine di erbari. L'ultimo tentativo in ordine di tempo è quello di Luigi Garlaschelli, docente di chimica all'Università di Pavia, effettuato nel 2009. Garlaschelli sostiene di aver realizzato una copia perfetta, su tela invecchiata e surriscaldata. Afferma di aver utilizzato come matrici il corpo di un assistente ed un calco in gesso cosparso di sostanze chimiche, ma anche in questo caso le caratteristiche fisiche e chimiche dell'impronta ottenuta sono ben diverse da quelle dell'immagine sindonica.

Va riconosciuto che ognuna di queste e di altre ipotesi ha prodotto qualche risultato simile a quelli della Sindone, ma che ciascuna è ben lontana dal soddisfarne tutte le caratteristiche, e questo è ancor più significativo tenuto conto del dispiegamento di studiosi e delle moderne conoscenze ed apparecchiature. Diverse teorie sono risultate carenti di verifiche serie: non basta produrre un'immagine somigliante a quella sindonica, ma occorre sottoporre i risultati ottenuti a tutte le prove che su questa sono state eseguite.

Abbiamo dunque esaminato come non è possibile che si sia formata l'immagine; cerchiamo di capire invece come questo possa essere accaduto.

La Sindone è un tessuto di lino i cui fili hanno uno spessore di circa 0,30 mm. Ogni filo è composto da un fascio di 100-200 fibrille cave del diametro di 0,0015/0,0020 mm; quelle che appaiono colorate sono le prime due o tre fibrille esterne, le altre sono bianche. Altra caratteristica è che il colore scompare quando un filo colorato passa sotto un altro filo.

Le diverse ipotesi si scontrano con una serie di obiezioni che le vanificano: l'intensità del colore; capelli e barba non soffici; mancanza di tridimensionalità; tendenza alla putrefazione; fibre strinate od impregnate da varie sostanze; contorni non ben definiti; incapacità di trattare le tracce ematiche; tendenza dell'immagine a svanire rapidamente; utilizzo di sostanze chimiche varie, quali l'acido solforico (prodotto solo dal XVII secolo).

Oggi l'ipotesi della radiazione è la più seguita, sebbene da un punto di vista scientifico non sia accettabile che il corpo di un morto produca l'energia necessaria a formare un'immagine sul tessuto.¹²⁵ Sono state avanzate ipotesi diverse di radiazione, che vanno da un lampo ultravioletto, ad una sorgente laser, ad una radiazione neutronica emessa al momento della smaterializzazione del corpo, all' "effetto corona" derivante da un'emissione di radon causata da un terremoto, ecc.

Ciascun meccanismo esaminato può giustificare una o più caratteristiche della Sindone, ma non tutte. Spiegazioni sostenibili da un punto di vista della chimica sono escluse dalla fisica e viceversa. E' possibile che alla formazione dell'immagine abbiano concorso più fenomeni, ma non si sa quali e come. Per gli scienziati più attenti si tratta di un mistero che continua, ed il concetto è stato ben espresso da Jackson illustrando la tridimensionalità dell'immagine: «sulla base dei processi fisico-chimici conosciuti avremmo motivi per dire che l'immagine sindonica non può esistere, ma essa è reale, anche se non riusciamo a spiegarci come si sia formata».

Si è visto come esami, ricerche e studi sulla Sindone siano stati effettuati da studiosi di tutto il mondo e di ogni branca, prevalentemente a titolo individuale od in piccoli gruppi. Un diverso e più organico modo di affrontare la Sindone, le sue caratteristiche ed i suoi "misteri" è stato posto in essere da un gruppo composto di ricercatori, con l'intento di operare congiuntamente ed in modo coordinato: si tratta dello STURP, acronimo che identifica un gruppo internazionale di ricerca, costituito allo scopo di esaminare scientificamente ed organicamente la Sindone. Comprende decine di scienziati di tutto il mondo, di varie religioni, atei, agnostici. Nel 1978 ottiene il permesso di eseguire una serie di esami non distruttivi e di poter prelevare alcuni campioni da sottoporre ad esami di laboratorio. La Sindone viene messa a disposizione degli scienzia-

¹²⁵ G. Fanti, S. Gaeta, *Il mistero...op. cit.*, p. 151.

ti, e di un gruppetto di studiosi italiani con un loro programma di ricerca, per 120 ore consecutive. Le principali conclusioni dello STURP vengono anticipate nel 1981 ed evidenziano:

1. l'assoluta mancanza di pigmenti, pitture, tinture e coloranti sulle fibre del tessuto;
2. che la colorazione dell'immagine è dovuta ad ossidazione e disidratazione delle fibrille del lino;
3. che l'analisi computerizzata dell'immagine evidenzia un'informazione tridimensionale;
4. la mancanza di tracce di unguenti, olii o di qualsiasi secrezione corporea;
5. un contatto tra corpo e telo, con macchie di sangue composte da emoglobina ed albumina;
6. che nessun metodo fisico e chimico conosciuto è in grado di spiegare tutte le caratteristiche dell'immagine;
7. che si può concludere che l'immagine della Sindone è quella di un corpo umano flagellato e crocifisso.

Nel 1985 lo STURP presenterà una serie di proposte volte ad ampliare e perfezionare quanto emerso dal suddetto studio, compresa la datazione col radiocarbonio da effettuare insieme ad un'altra serie di ricerche chimiche e fisiche, ma la richiesta non verrà presa in considerazione. Anzi, purtroppo, lo STURP verrà un po' alla volta emarginato e poi escluso dietro pressione dei sostenitori della datazione col radiocarbonio.¹²⁶

XI. IL FALSO MITO DEL RADIOCARBONIO

Il carbonio è uno dei più diffusi elementi, presente in tre forme dall'atmosfera all'acqua ed in tutti gli esseri viventi. Quello che ci

¹²⁶ B. Barberis, M. Boccaletti, *Il caso Sindone...*, *op.cit.*, pp. 173-177.

interessa è il C¹⁴, che esiste in concentrazione bassissima (si tratta di un atomo ogni mille miliardi degli altri due, per un totale stimato di 10 tonn. su tutto il pianeta). E' radioattivamente instabile ed ha la caratteristica di dimezzarsi ogni 5730 anni. Negli organismi viventi viene continuamente rimpiazzato con l'alimentazione, per cui resta costante; quando l'organismo muore cessano gli scambi con l'esterno, ed il C¹⁴ inizia a diminuire secondo le leggi del decadimento radioattivo. Pertanto, misurando la quantità residua si può calcolare il tempo intercorso tra la morte dell'organismo e quello dell'esame.¹²⁷

Semplice? No, perché alcuni fattori rendono difficile o falsano la datazione: questa non è sicura di per sé, ma necessita di una calibrazione dei risultati attraverso verifiche storico-ambientali dell'oggetto da datare; per questo non ha valore di prova assoluta e deve essere affiancata da altri esami. Inoltre i risultati sono notoriamente contrastanti nel caso di periodi brevi¹²⁸ e sono influenzati nel caso di campioni fortemente inquinati dal contatto con l'ambiente nei secoli: i tessuti sono quelli a maggior rischio per l'elevata interazione con l'esterno. La Sindone possiede tutte queste limitazioni; oltre ad essere un tessuto, vari e ripetuti fattori l'hanno fortemente inquinata nel corso dei secoli, falsando i dati della datazione: le traversie del primo millennio; i vari spostamenti; le centinaia di ostensioni che l'hanno esposta a fumo di candele, gocce di cera, baci, strofinio di mani; i funghi e le spore presenti sul tessuto; gli incendi e le secchiate d'acqua per spegnerli; i rammendi delle suore, ecc. Lo stesso Libby, il premio Nobel inventore della radiodatazione, non a caso si era dichiarato contrario a datare la Sindone a causa della sua estrema contaminazione.

¹²⁷ Idem, *Il caso Sindone...*, *op.cit.*, pp. 174-177.

¹²⁸ L. Canfora, *Il libro della Frate sull'autenticità della reliquia*, *La Stampa Torino*, 22/7/2009, "Il carbonio 14 per periodi di tempo brevi più che inattendibile è inutile; per oggetti come la Sindone affidarsi a questo esame è ridicolo".

Ma la chiesa era in quegli anni al centro di attacchi e polemiche, accusata di rifiutare il confronto con la scienza e di evitare la radiodatazione, sostenuta quale unica ed attendibile prova di autenticità. Capifila di questa polemica alcuni laboratori, il direttore del *British Museum* Michael Tite, il pastore anglicano David Sox, ed Harry Gove, ideatore del particolare metodo di radiodatazione AMS che sarà quello adottato: quindi desiderio di pubblicità e finanziamenti, di fama e gloria.

Le trattative tra il depositario della Sindone card. Ballestrero, che dovrebbe essere assistito dal direttore dell'Accademia Pontificia della Scienze Carlos Chagas (che però escluderà di fatto il cardinale e tutti i suoi collaboratori, gestendo in prima persona ogni rapporto), e le controparti, porteranno alla scelta dei soli tre laboratori che utilizzano il metodo AMS di Gove. Tite ed il *British Museum* saranno i garanti delle corrette procedure. I test dovranno avvenire alla cieca, ma in realtà i tessuti comparativi forniti da Tite sono totalmente dissimili, per cui il tessuto della Sindone è facilmente riconoscibile. In più, contrariamente agli accordi, viene aggiunto un tessuto risalente con certezza al 1296. Queste dunque le premesse di quella che avrebbe dovuto essere un'operazione scientifica neutrale, di massima trasparenza e garanzia procedurale.

Contrariamente ad ogni logica precauzione il tessuto viene asportato in un solo punto, sul lato inferiore destro dell'immagine frontale, probabilmente il meno indicato: «Il sito prescelto è il peggiore e tra i più esposti a contaminazioni. E' uno degli angoli dai quali la Sindone veniva tenuta durante le ostensioni, a pochi centimetri di distanza da uno dei punti carbonizzati nell'incendio del 1532. Il frammento proviene da un bordo macchiato dall'acqua usata per spegnere l'incendio, dove si sono depositati i prodotti della pirolisi e tutta la sporcizia dei secoli». ¹²⁹Le procedure di taglio sono discutibili: malgrado l'esame debba effettuarsi alla cieca, pur

¹²⁹ E. Marinelli, *Sindone, analisi di un mistero*, Milano, 2009, pp. 158-159.

se cosa già vanificata dai contro campioni che evidenziano quello sindonico, al prelievo partecipano attivamente i responsabili dei tre laboratori incaricati. Prelievo e frazionamento sono effettuati senza guanti né mascherine; le fotografie mostrano il card. Ballestrero coi gomiti appoggiati sulla Sindone che chiacchiera coi vicini, ed una persona con un sigaro in bocca.

Incredibile è il balletto dei pesi e delle misure: il peso del tessuto sindonico era stato calcolato in base al titolo dei fili dal Laboratorio di tecnologia tessile dell'università di Gand e dal National Laboratory di Los Alamos, e determinato tra 20 e 25 mg./cmq., mediamente 23,2 mg. Il pezzo prelevato dalla Sindone, una volta rifilato misura 7 cmq., per un peso comunicato di 300 mg., cioè 43 mg./cmq: quasi il doppio!¹³⁰ Ancor più incredibile, Riggi di Numana (che ha effettuato il prelievo), fornirà in una relazione due pesi diversi del frammento prima della rifilatura: 497 e 540 mg.¹³¹ Peccato che, nel filmato effettuato durante il taglio, il display della bilancia di precisione mostri 478,1 mg.: tre misure diverse per lo stesso frammento!

Le modalità di prelievo sono state talmente disorganizzate, se non peggio, tali da creare comprensibili dubbi sulla validità di quelli che saranno i riscontri di laboratorio.

Gli esami del radiocarbonio C¹⁴ nei tessuti vengono effettuati respingendo il controllo o la presenza degli incaricati della Commissione Sindonologica, perché ritenuto atto di sfiducia. Non verranno qui esaminate le procedure da seguire, perché esorbitanti il tema per il loro stretto carattere tecnico. Basti però dire che ancor oggi, a distanza di oltre 25 anni, i laboratori incaricati ed il British Museum non hanno fornito spiegazioni dettagliate, e neppure i criteri, gli standard, le procedure, le verifiche, i verbali. Quel che è emerso

¹³⁰ M. G. Siliato, *Sindone, op.cit.*, p. 42; O. Petrosillo, E. Marinelli, *La Sindone...*, *op.cit.*, p. 167.

¹³¹ G. Riggi di Numana, *Prélèvement sur le Linceul effectué le 21 avril 1988*; relazione tenuta al Simposio di Parigi, 7-8 settembre 1989, p. 6.

non è confortante, e non è garanzia di un lavoro scientificamente e correttamente eseguito: conoscenza preventiva di quel che si doveva esaminare e probabilmente ottenere; contatti ripetuti *in itinere* tra i laboratori, con verifica di procedure, di risultati ottenuti e correzione di dati anomali; mancanza di contemporaneità; intromissione costante, anche fisica, di Tite, Sox e di giornalisti a lui collegati; pubblicazione dei dati in una passerella di autocompiacimento e derisione.

La Sindone, con grande pubblicità dell'evento e palese soddisfazione di Tite e dei responsabili di due laboratori, viene datata su un cartello alle loro spalle «1260-1390!».

Tite ne ha ricavato grande pubblicità personale; Sox, con l'aiuto di giornalisti compiacenti, già due giorni dopo l'annuncio ha messo in commercio un velenoso libro in cui annunciava gli esiti degli esami; i laboratori e Gove hanno ottenuto finanziamenti e fondi per la ricerca. Invece la grande maggioranza di scienziati e studiosi, convinta dell'autenticità della Sindone, manifesta sconcerto e sempre maggiori dubbi di fronte ad un risultato inatteso ed incredibile, che cancella anni di studi e ricerche multidisciplinari. Anche alla Santa Sede, ai più alti livelli, c'è incredulità, seppur manifestata nei toni tipici della diplomazia vaticana: con grandi attestazioni di stima e gratitudine il card. Ballestrero viene sostituito per raggiunti limiti di età, e Chagas abbandona l'Accademia Pontificia delle Scienze.

Si poteva pensare che i risultati della radiodatazione avrebbero messo la pietra tombale sopra la Sindone, declassandola a semplice icona. Se questo era l'intento e la convinzione dei "carbonisti", ben presto si sarebbero accorti che avevano ottenuto l'effetto contrario e fornito linfa a nuovi studi e ricerche, che avrebbero portato non solo a disconoscere la validità della radiodatazione effettuata, ma anche a seri e fondati dubbi sull'onestà e correttezza del comportamento tenuto.

Le opposizioni ai risultati sono di vario genere. Molte si appuntano sulle incongruenze di peso tra Sindone e tessuti esaminati,

insistendo sul fatto che questi provengono dalla parte rovinata dall'incendio, rammendata con la tecnica del rammendo invisibile ma utilizzando fili di altra origine, peso e, naturalmente, del XVI secolo; l'esame sarebbe stato dunque effettuato sui rattoppi e non sul tessuto sindonico. Per altri si tratta dell'insufficiente trattamento di pulizia di un tessuto che ha subito numerose traversie, compreso l'incendio che ha provocato un apporto di carbonio ed il conseguente ringiovanimento. Altri ancora parlano di errori nei calcoli di laboratorio. Alcuni, infine, parlano di giochi di prestigio o, peggio, di frode da parte di Tite e dei responsabili dei laboratori, che avrebbero analizzato il tessuto del 1296.

Molti studiosi e ricercatori hanno utilizzato nuove e più moderne procedure di datazione, utilizzando fili e tessuti residui provenienti dalla rifilatura dei pezzi destinati ai laboratori. I risultati portano a datazioni che mediamente si collocano nel I secolo d.C., con un margine d'oscillazione in più od in meno di 200 anni.¹³²

Alla fine, quella che doveva essere la prova regina si sta sempre più mostrando una maldestra e forse fraudolenta operazione, dalla quale hanno iniziato a prendere le distanze alcuni degli autori stessi. Sotto il profilo giuridico e procedurale nessun tribunale degno di questo nome accetterebbe prove e conclusioni simili, frutto di esami di dubbia validità svolti con metodi discutibili e procedure non dimostrate e provate, oggetto di contestazioni precise e documentate da larga parte del mondo scientifico.

XII. CALCOLO PROBABILISTICO

Diversi scienziati e matematici si sono cimentati nel calcolare la probabilità che l'impronta della Sindone appartenga ad un uomo crocifisso e che quell'uomo sia Gesù. Bruno Barberis, docente di

¹³² Per tutti G. Fanti, S. Gaeta, *Il mistero...*, *op.cit.*, pp. 79-103.

fisica e matematica all'Università di Torino, ha pure provato, coi risultati che di seguito vengono riassunti.¹³³

La sua ipotesi di lavoro consiste nel raffrontare le caratteristiche dell'impronta sindonica col narrato evangelico. Barberis utilizza il calcolo probabilistico, ramo della matematica che assegna un grado di probabilità al verificarsi di un determinato evento, prendendo in considerazione sette significative caratteristiche dell'uomo della Sindone e raffrontandole con quanto di Gesù narrano i vangeli.

1. avvolgimento del cadavere nel lenzuolo: è un fatto raro, perché i crocifissi venivano lasciati in croce e sepolti in fosse comuni: si può pensare che solo 1/100 dei crocifissi abbia avuto regolare sepoltura. Anche Gesù è stato avvolto in un lenzuolo e deposto nella tomba;
2. ferite al capo: sul telo appaiono ferite puntiformi al capo, probabilmente prodotte da aculei; non si ha notizia di simile usanza dei romani o di altri popoli, e prudentemente si può ipotizzare 1/5000. Secondo i vangeli Gesù viene incoronato di spine per diletto;
3. trasporto del *patibulum*: l'uomo della Sindone l'ha portato, come si nota dalle escoriazioni sulle spalle: si può assegnare una probabilità di 1/2, perché le crocifissioni erano spesso effettuate su alberi o pali occasionali. Anche Gesù ha portato il suo legno;
4. crocifissione con chiodi: è un trattamento riservato ad esecuzioni che utilizzano *patibulum e stipes* ed è alternativo all'uso di funi: anche in questo caso si può stimare 1/2 di probabilità. Pure per Gesù vengono utilizzati chiodi;
5. ferita al costato: la Sindone mostra una ferita da lancia al costato, inferta a morte avvenuta; è un fatto poco comune, usandosi di preferenza il *crurifragium* per accelerare la mor-

¹³³ B. Barberis, M. Boccaletti, *Il caso Sindone...*, *op.cit.*, pp. 215-228.

te, e la probabilità è calcolata ad $1/10$. I vangeli parlano di Gesù colpito al costato dal soldato, che ne accerta l'avvenuta morte e non lo sottopone a *crurifragium*;

6. sepoltura frettolosa: il cadavere sindonico è stato avvolto senza lavanda od unzione, cosa che fa ipotizzare un caso particolare; intorno al lenzuolo risultano essere stati posti aloe e mirra. Si tratta di un caso infrequente, cui si può assegnare $1/20$ di probabilità. Secondo i vangeli Gesù è stato posto nel sepolcro senza essere lavato ed unto; la mistura portata da Nicodemo aveva quindi solo funzione antiputrefattiva;
7. breve permanenza del cadavere nel lenzuolo: per imprimere il lenzuolo il cadavere deve esserci restato alcune ore, ma non oltre due giorni perché avrebbe avuto inizio la putrefazione. E' cosa già non comune che si deponga il cadavere di un crocifisso nel lenzuolo, ed ancor più è toglierlo prima che inizi la decomposizione: all'evento si può attribuire una prudente probabilità di $1/500$. Gesù è stato avvolto nel lenzuolo per circa 40 ore e, nel sepolcro custodito da guardie, si è trovato il solo lenzuolo perché il cadavere non c'era più.

Nel calcolo non viene considerata la flagellazione, perché essendo procedura prevista per il condannato a crocifissione, la probabilità è di $1/1$, quindi ininfluenza.

La probabilità complessiva che gli eventi descritti si siano verificati nella stessa occasione ed in maniera indipendente tra loro porta al seguente calcolo matematico:

$$1/100 \times 1/5000 \times 1/2 \times 1/2 \times 1/10 \times 1/20 \times 1/500 = 1/200.000.000.000$$

cioè su duecento miliardi di crocifissi uno solo poteva possedere tutte le caratteristiche comuni all'uomo sindonico ed al Gesù dei vangeli. Altri studiosi sono giunti a cifre ancor più elevate, calco-

lando maggiori o differenti caratteristiche comuni tra l'uomo della Sindone e Gesù delle narrazioni evangeliche.

Si può quindi concludere che la probabilità che l'uomo della Sindone sia Gesù di Nazareth è altissima.¹³⁴

Ogni altra considerazione storica, giuridica e scientifica diventa superflua, anche se la risposta ultima alla domanda “chi è l'uomo della Sindone?” non può, comunque, che essere affidata al raziocinio e giudizio di ciascuno, come del resto fa lo stesso Gesù quando chiede ai suoi discepoli: “Ma voi, chi dite che io sia?”.¹³⁵

¹³⁴ B. Barberis, M. Boccaletti, *Il caso Sindone...op.cit.*, p. 277.

¹³⁵ Marco, 8, 29.

LUCES Y SOMBRAS DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

RODRIGO BRITO MELGAREJO¹

RESUMEN: En este artículo se hace una revisión de algunas objeciones que se han planteado respecto a la actuación contramayoritaria de los órganos jurisdiccionales de control y se señalan las respuestas que se han dado a cada una de ellas. Esto con el fin de demostrar que, más que dificultades, la forma en que los jueces constitucionales llevan a cabo sus funciones en los sistemas democráticos, ofrece oportunidades para ponderar valorativamente la práctica jurídico-institucional vigente en un Estado, para generar equilibrios entre los órganos de gobierno y la sociedad, así como para lograr mejores escenarios deliberativos.

PALABRAS CLAVE: *Control jurisdiccional de constitucionalidad, democracia, dificultad contramayoritaria, sistemas de control.*

ABSTRACT: This article aims to make a revision of some objections that have been raised about the countermajoritarian actuation of judges and indicate the answers that have been given to each of them. With the purpose to demonstrate that, rather than difficulties, the way in which constitutional judges perform their functions in democratic systems, offers opportunities to evaluate the current legal-institutional practice in a State, to generate balance between governing and society, as well as to achieve better deliberative scenarios.

KEYWORDS: *Judicial review, democracy, countermajoritarian difficulty.*

SUMARIO: I. In limine; II. Las objeciones a la actuación contramayoritaria de los órganos jurisdiccionales de control; III. La oportunidad contramayoritaria; IV. A manera de conclusiones.

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y doctor en justicia constitucional y derechos fundamentales por la *Università degli Studi di Pisa*: <rbritom@derecho.unam.mx>.

1. *IN LIMINE*

Las tensiones entre la democracia y el control jurisdiccional de constitucionalidad han sido abordadas por la doctrina desde diversos puntos de vista. Para algunos, esas tensiones ofrecen oportunidades que favorecen a los Estados constitucionales; mientras que para otros, el que los órganos de control realicen sus funciones revisando las decisiones que toman ciertos poderes estatales que cuentan con legitimidad democrática, atenta contra la soberanía popular y, por tanto, contra ciertas preferencias que deberían respetarse. El debate que se presenta a partir de estas posiciones contrapuestas, permite encontrar luces y sombras respecto a una figura que ha cobrado especial importancia en los últimos años dentro del debate constitucional: la dificultad contramayoritaria. Esta expresión, acuñada por Alexander Bickel,² se utiliza cuando se quiere señalar que el control jurisdiccional de la ley es, o al menos parecería ser, una institución diseñada para limitar las decisiones tomadas por los órganos políticos que representan la voluntad popular mayoritaria.³ De esta manera, se estaría produciendo un cambio en el paradigma de la toma de decisiones, pasándose de uno “democrático” a otro “elitista”, el cual se materializaría en una minoría (los jueces) que toman decisiones que deberían corresponder

² Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, Nueva York, The Bobbs-Merrill Company, 1962.

³ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 42. Para Bickel, “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force [...] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic”. Bickel, Alexander M., *op. cit.*, pp. 16-17.

sólo al pueblo y a sus representantes elegidos a través del sufragio.⁴ La idea que subyace en estos planteamientos es que los órganos de control, al no ser elegidos por el pueblo de manera inmediata, no pueden, al controlar la constitucionalidad, ser los censores de poderes del Estado que tienen como respaldo el voto ciudadano. Es por ello que diversos autores han tratado de evidenciar las dificultades que conlleva la esencia contramayoritaria de las decisiones tomadas por el juez constitucional; sin embargo, hay quienes, por el contrario, consideran que la actuación de los órganos de control favorece en buena medida la democracia. A analizar algunas de las objeciones y oportunidades que sobre el actuar contramayoritario de los órganos de control se presentan recurrentemente entre la doctrina se dedican las páginas que siguen.

II. LAS OBJECIONES A LA ACTUACIÓN CONTRAMAYORITARIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE CONTROL

Existen diversas circunstancias que dan pie a la dificultad contramayoritaria. La primera es que la voluntad de la mayoría queda rebasada por unas cuantas personas que forman parte de los órganos jurisdiccionales de control. Esta objeción se ha vinculado con argumentos como los estudiados por Robert Dahl, quien refería que “no amount of tampering with democratic theory can conceal the fact that a system in which the policy preferences of minorities prevail over majorities is at odds with the traditional criteria for distinguishing a democracy from other political systems”.⁵ Bajo esta perspectiva, el término democracia implica que el poder de

⁴ Álvarez Álvarez, Fernando D., “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones al carácter contramayoritario del Poder Judicial)”, *Revista Dikaion-Lo Justo*, año 17, núm. 12, 2003, pp. 151-153.

⁵ Dahl, Robert A., *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*, *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 283.

dirigir reside en las mayorías populares y sus representantes y, por esta razón, afirmar que un órgano de control pueda sostener las preferencias de las minorías frente a las de las mayorías es negar la soberanía popular y la igualdad política.⁶

Entre las circunstancias que favorecen la dificultad contramayoritaria, tiene también un lugar especial el que los órganos de control de constitucionalidad cuenten con una menor legitimidad democrática de origen, pues mientras la ley que deben revisar proviene de un parlamento elegido periódicamente por el electorado a través del sufragio universal, no sucede lo mismo con quienes integran los órganos de control.⁷ La objeción que se sostiene en este sentido es que a través del control jurisdiccional de constitucionalidad la voluntad política de los ciudadanos se frustra. Y es que las personas que desean tomar una determinada decisión política con base en su autoridad democrática, en ocasiones se topan con órganos de control que les dicen que no pueden hacerlo. Este argumento ha estado detrás de las primeras críticas que se registran en la historia respecto al control de constitucionalidad⁸ y encuentra su sustento

⁶ *Idem.*

⁷ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 43.

⁸ Gowder, Paul, “The countermajoritarian complaint”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 23, núm. 7, 2014, pp. 10-11. Gowder ilustra esta afirmación señalando que “In 406 BC, during the Peloponnesian War, Athens won a major sea battle against Sparta, the battle of Arginusae. Unfortunately, a storm hit after the battle, and many of the Athenian sailors were lost on the way home. Enraged at the failure to rescue their fellow citizens from the storm, the Athenian people, acting in their sovereign democratic capacity in the ekklesia (assembly), put the generals on trial en masse and executed them without giving them an adequate opportunity to defend themselves. Essentially, the ekklesia passed an act of attainder against the generals. This mass trial was illegal. One citizen, Eryptolemus, attempted to put a stop to it by bringing a graphe paranomon –an indictment charging the proposers of the mass trial with making an illegal proposal. The indictment would have been tried by a citizen jury, itself a representative of the sovereign authority of the polis, randomly selected

en la dignidad democrática de la ley, que es consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el parlamento elegido periódicamente por sufragio universal.⁹

En este punto, podría pensarse que la actuación de los órganos de control sería susceptible de superarse a través de la labor de órganos con legitimidad democrática que, eventualmente, estarían en aptitud de realizar las modificaciones constitucionales necesarias para superar las decisiones del controlante. No obstante lo anterior, y más allá de lo criticable que podría ser una determinación como la señalada, en tal caso surgiría otra de las objeciones a la actuación de los órganos que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, pues en ocasiones no es fácil modificar los textos constitucionales que, por regla general, están sujetos a un procedimiento de reforma más gravoso que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias. En este caso, se supeditaría a lo decidido en el pasado el control de las normas que rigen en el presente a una comunidad política determinada, y ésta, debido a lo difícil que en ocasiones resulta cambiar los textos constitucionales, encontraría complejo revertir una situación de ese tipo.¹⁰

from ordinary citizens [...] Nonetheless, according to Xenophon, the rest of the citizens responded with outrage at the prospect that Euryptolemus would dare to tell them that they could not exercise their authority in the assembly according to their collective whim: ‘the multitude shouted out that it was a terrible thing if someone prevented the people from doing whatever they wished’. Under the threat that he too would be executed by the runaway assembly, Euryptolemus withdrew the writ, and the generals were duly executed”.

⁹ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰ Gowder señala al respecto: “Constitutional law, at least in countries like the United States, is entrenched because of the onerous requirements of the amendment process –such as supermajorities. The majoritarian legislature does not have full prospective control over the laws that regulate its behavior”. Gowder, Paul, *op. cit.*, p. 16.

Aunada a esta dificultad se presenta otra objeción a las facultades contramayoritarias con que cuentan los órganos de control: la competencia que éstos tienen para interpretar la Constitución y, por tanto, para imponer su punto de vista sobre la Constitución por largos periodos.¹¹ Al ser los jueces constitucionales quienes frecuentemente dotan de contenidos a las constituciones y determinan el sentido que debe darse a sus preceptos, éstos pueden imponer su visión sobre el texto constitucional a la sociedad, sin que ésta tenga a su alcance mecanismos que no sean extremos para cambiar sus determinaciones. Esto puede ser especialmente frecuente dada la controvertibilidad interpretativa de la Constitución. Debido a la abundancia en los textos constitucionales de “conceptos esencialmente controvertidos” (principalmente en materia de derechos y libertades) así como a las colisiones entre las diversas disposiciones constitucionales, la interpretación de las normas fundamentales se torna más controversial que la de las leyes ordinarias¹² y, por ende, ofrece una veta mayor para la actuación de los órganos de control, que pueden imponer la perspectiva que tienen sobre los contenidos constitucionales.

También se ha dicho que el pueblo soberano podría justamente reclamar que tiene la responsabilidad de preservar la moral representada por su propia comunidad política y, consecuentemente, bajo ciertas circunstancias extremas, de tomar en última instancia la decisión de desatender el orden jurídico para lograr tal fin. Asumiendo este planteamiento, la objeción a la actuación contramayoritaria del órgano controlante sería que éste anularía la posibilidad de que el pueblo hiciera suya esta responsabilidad.¹³

¹¹ Ferejohn, John y Pasquale Pasquino, “The countermajoritarian opportunity”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, 2010-2011, p. 354.

¹² Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 43.

¹³ Gowder, Paul, *op. cit.*, p. 14.

Un argumento más que se utiliza para objetar la actuación de los órganos de control en los sistemas democráticos, es que éstos no están sujetos a procesos de fiscalización y responsabilidades en la misma manera en que lo están los órganos representativos. En este sentido se ha señalado que la posibilidad de fiscalizar los actos de los representantes permite a los ciudadanos reemplazar periódicamente a quienes integran, por ejemplo, los órganos legislativos. De esta forma, los poderes que se conforman a través de elecciones son responsables ante el electorado, algo que no sucede con los integrantes de los órganos de control, quienes por regla general no son responsables ni directa ni regularmente ante los ciudadanos. Si bien en muchas ocasiones los jueces constitucionales deben sobrevivir a un proceso mayoritario de nominación y confirmación en el que participan los órganos representativos, es difícil que, una vez electos, existan mecanismos efectivos para hacerlos responsables frente a los ciudadanos y sus representantes. Los integrantes de los órganos de control, por tanto, no pueden ser reemplazados directamente por el electorado y no están sujetos a la voluntad de los representantes populares. De hecho, se ha dicho que estos servidores públicos raramente asumen los costos de sus errores.¹⁴ Or Bassok, al referirse a los argumentos de este tipo que usualmente son empleados para sostener la dificultad contramayoritaria refiere que:

The [countermajoritarian] difficulty emphasizes the majoritarian aspect of democracy, i.e. the Court's *responsiveness* to public opinion. Elected branches are responsive to the majority's will as expressed in elections and in other manifestations such as opinion polls. They adopt policies that are signaled as preferred by citizens. Justices, on the other hand, have lifetime tenure, which relieves them from the need to be responsive to the majority (of the public or its

¹⁴ Bassok, Or, "The two countermajoritarian difficulties", Saint Louis University Public Law Review, vol. XXXI, núm. 333, 2011-2012, pp. 339-343.

representatives), as well as an ethos of unresponsiveness to popular pressure.¹⁵

Así, la falta de mecanismos a cargo del electorado que pudieran sujetar la actuación de los órganos de control a la opinión pública, se ha esgrimido como uno de los pilares de la dificultad contramayoritaria. Esta objeción evidencia algunas de las particularidades de la relación entre quienes integran los órganos de control y la sociedad, a las que se suman otras críticas derivadas también de dicha relación. Por ejemplo, se ha señalado que a través del control los jueces constitucionales alejan del debate público muchos de los temas cruciales relacionados con los derechos y, de esta forma, su actuación afecta la democracia. De hecho, Mark Tushnet, uno de los autores que adopta este punto de vista, ha referido que “[d]oing away with judicial review would have one clear effect: it would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is”.¹⁶ Esta idea ha sido sostenida por otros doctrinarios como Robert Nagel, quien considera que la creencia de que los

¹⁵ *Idem.* Or Bassok se refiere al caso de los *Justices* de los Estados Unidos y por eso hace mención a su carácter vitalicio; sin embargo, no debe olvidarse que la estabilidad en el cargo es una de las características que garantizan la autonomía e independencia de los integrantes de los órganos de control, por lo que esta afirmación podría extenderse a muchos casos más, en los que los periodos de ejercicio son muy prolongados. Este tema ha sido tratado en Wilson, James G., “The role of public opinion in constitutional interpretation”, *Brigham Young University Law Review*, núm. 4, 1993, p. 1120. En este artículo Wilson señala que “many Justices have separated the judicial domain, excluding public opinion from the political domain, where public opinion reigns supreme”.

¹⁶ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, New Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 154.

jueces puedan confrontar de manera rutinaria a la sociedad y transformarla, evidencia una perspectiva bastante estrecha.¹⁷

La combinación de estos planteamientos —que pueden presentarse en diversos grados en los distintos sistemas de control— conforman en buena medida el escenario sobre el que se proyectan las sombras que parte importante de la doctrina ve en la actuación contramayoritaria de los órganos controlantes.

III. LA OPORTUNIDAD CONTRAMAYORITARIA

Las objeciones que se plantean respecto a la labor contramayoritaria de los órganos de control, han sido abordadas también por estudiosos que ven en ellas argumentos que más que dificultades, ofrecen oportunidades para los sistemas democráticos.¹⁸ Existen diversos análisis en los que se señala que el hecho de que se planteen una posible objeción democrática, no quiere decir que no sea posible justificar el control jurisdiccional de la ley. Esta premisa ha dado lugar a construcciones teóricas que buscan ofrecer razones para responder a la dificultad contramayoritaria. De hecho, entre los argumentos que van en esta dirección, uno evidentemente importante es el que sostiene que el control jurisdiccional de la ley es perfectamente democrático desde el momento en que las constitu-

¹⁷ Nagel, Robert F., *Constitutional cultures: The mentality and consequences of judicial review*, Los Angeles, University of California Press, 1989, p. 23. Para Nagel “If the practices that give meaning to the Constitution are acknowledged, the capacity of the nonjudicial institutions to sustain constitutional standards need not be viewed so pessimistically”. Es más, para dar fuerza a sus planteamientos, este autor refiere, como ejemplo, que en los Estados Unidos “It was [...] the public opinion and a censure vote in the legislative branch, not judicial intervention, that stopped Senator Joseph McCarthy’s threat to first amendment freedoms. It was public indignation at Franklin Roosevelt’s court-packing plan that protected the independence of the judiciary”.

¹⁸ La idea de hablar de una “oportunidad contramayoritaria” es tomada de Ferejohn, John y Pasquale Pasquino, *op. cit.*, *passim*.

ciones, aprobadas democráticamente y en consecuencia muy probablemente también democráticas en sus contenidos, muchas veces establecen explícitamente ese control.¹⁹

A este planteamiento se le da mayor fuerza a través de argumentos relacionados con la legitimidad democrática de la Constitución. De acuerdo con esta idea, el control jurisdiccional de constitucionalidad es compatible con la democracia pues “cuando los jueces ponen en vigor la Constitución descalificando una ley o un decreto no están oponiéndose a la voluntad mayoritaria, sino que –contrariamente– están honrando la soberanía popular expresada en esa misma Constitución”. De esta manera, lo que los órganos de control estarían haciendo es “darle eficacia a una voluntad mayoritaria (la del Constituyente) de nivel superior a la del legislador ordinario o el administrador”.²⁰

¹⁹ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, pp. 47-49. Ferreres señala que incluso en aquellos sistemas en que los mecanismos de control jurisdiccional de la ley no se encuentran contemplados de manera explícita en el texto constitucional, el contenido democrático del control jurisdiccional podría seguirse sosteniendo en la medida que una institución será o no democrática desde el punto de vista de su estructura objetiva según cuáles sean sus características, y no por el hecho de que se cree a través de un proceso democrático. Este punto es importante en la práctica pues “si los miembros de una comunidad política comparten convicciones democráticas, tratarán de interpretar y reformar sus instituciones de acuerdo con los principios democráticos; en consecuencia, si consideran que determinada institución sólo se ajusta a los principios democráticos si se interpreta de determinada manera, tendrán una razón de mucho peso para interpretar la institución de esa manera [...] En este sentido, [por ejemplo,] muchas de las propuestas que se hacen en los Estados Unidos para fijar cuál debe ser el papel del juez constitucional en un régimen democrático se mantendrían inalteradas si mañana se reformara la Constitución americana y se declarara explícitamente que los jueces tienen el poder de controlar la constitucionalidad de la ley”.

²⁰ Álvarez Álvarez, Fernando D., *op. cit.*, pp. 156-160. Este autor señala como otro de los argumentos para sostener el control jurisdiccional de las leyes la falta de una alternativa institucional razonable (de *lege data*) a este sistema.

Un argumento que también suele ofrecerse frente a quienes impugnan por razones democráticas el control jurisdiccional de constitucionalidad es el de los derechos. Para muchos, pueden existir ciertas características antidemocráticas de este tipo de control; sin embargo, ocurre que el principio democrático no es el único con arreglo al cual se deberían diseñar las instituciones del Estado. Al lado de este principio se encuentra el de protección de los derechos que, se dice recurrentemente, debe prevalecer frente al principio democrático en caso de conflicto.²¹ Los argumentos basados en el tema de los derechos tratan de justificar la autoridad contramayoritaria de los órganos de control, señalando que ciertos derechos básicos son necesarios para alcanzar los compromisos con la libertad, la independencia o la igualdad contenidos en los textos constitucionales.²² Quienes hacen suyos estos argumentos asumen que debido a su formación y a su relativo aislamiento de la opinión pública (o por ambos motivos), los jueces disfrutaban de ciertas ventajas institucionales sobre los legisladores respecto al proceso de descubrir, afirmar e implementar los derechos humanos. Por lo tanto, el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica por ser un medio necesario a través del cual se garantiza la protección de estos derechos.²³

²¹ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 49.

²² Bassok, Or, *op. cit.*, p. 344. Sobre este punto, y haciendo referencia a las democracias liberales, Michael J. Perry señala: “the foundational moral commitment of liberal democracy is to the true and full humanity of *every* human being –and, therefore, to the inviolability of *every* human being– without regard to race, sex, religion, etc. This commitment is axiomatic for liberal democracy [...] Moreover, this foundational commitment to the inviolability of every human being is a principal ground of liberal democracy’s further commitment to certain basic rights, understood as human rights. Indeed, these two allied commitments –to the humanity/inviolability of every human being and to certain basic rights– are constitutive of *liberal* democracy; they are what make a democracy a ‘liberal’ democracy”. Perry, Michael J., “Protecting human rights in a democracy: What role for the courts”, *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 638-639.

²³ Bassok, Or, *op. cit.*, p. 345.

A la defensa de los derechos se agrega otro argumento para dar fuerza a las virtudes democráticas del control jurisdiccional de constitucionalidad: la ampliación de su objeto al proceso político democrático.²⁴ En este sentido, siguiendo a John Hart Ely²⁵, se ha señalado que los procedimientos democráticos son el resultado de reglas que, a su vez, buscan asegurar la eficacia de determinadas precondiciones de la democracia. Entre ellas se alude constantemente al sufragio universal, la igualdad en las condiciones en que tiene lugar la participación; la libertad de expresión; los mecanismos para evitar las mayorías congeladas y las manipulaciones de los sistemas electorales, etc. De esta forma, el grado de cumplimiento de esas condiciones refleja la calidad democrática de una sociedad determinada, pues la “finalidad de las reglas del proceso democrático es justamente tratar de asegurar el mayor grado de cumplimiento de esas condiciones, de modo que las decisiones políticas que se adopten, básicamente a través de leyes, conduzcan a la concreción de principios morales, que permitan la plenitud de las personas”.²⁶

Un argumento más que se emplea para defender la valía del control jurisdiccional de constitucionalidad en los Estados democráticos es que éste cumple una función fundamental, particularmente cuando los poderes públicos que encarnan la eficacia de la acción

²⁴ Álvarez Álvarez, Fernando D., *op. cit.*, p. 160 ss.

²⁵ Ely, John H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

²⁶ Álvarez Álvarez, Fernando D., *op. cit.*, p. 161. Para Álvarez “El juez viene a actuar como un árbitro en una competencia deportiva: no debe intervenir para indicar que alguno de los equipos debe jugar de tal o cual manera ni, mucho menos, participar en el juego, sino simplemente limitarse a actuar cuando alguno de los dos equipos pretende obtener ventajas abusivas (este enfoque puede compararse al que en materia económica se denomina *orientación antitrust*). En la relación ‘justicia-política’ ocurre lo mismo, de modo que los jueces no deben intervenir para la determinación acerca de cómo debe funcionar el mercado político o cuáles deben ser los resultados, [pero sí] deben velar para que dicho mercado no funcione inadecuadamente”.

de gobierno se exceden de sus marcos de actuación establecidos en la Constitución. De esta forma, como señala Fernando Álvarez, cuando alguno de los poderes actúa en detrimento de los derechos de los integrantes del cuerpo social o de las competencias que tienen asignadas, los órganos de control juegan el papel de moderadores del proceso político y se convierten en elementos esenciales en los equilibrios de poder al buscar entre los diversos órganos del Estado la cooperación y evitar la expansión de uno en perjuicio del otro.²⁷

Álvarez señala también que la facultad de controlar la constitucionalidad a través de medios jurisdiccionales es un poder limitado. Para él, la primera de las limitaciones que encuentra esta facultad es el hecho de que los jueces sólo puedan emitir juicios de inconstitucionalidad de actos o normas emanados de los poderes públicos en el marco de un caso determinado. La autorrestricción judicial (*self-restraint*) es, por tanto, otro de los límites que se señalan como uno de los elementos que contribuyen a la legitimidad democrática de los órganos de control. Esta teoría, sostenida entre otros por Holmes, Frankfurter y Brandeis, está basada en el respeto a la autoridad del Congreso y del Presidente, así como en la llamada doctrina de la deferencia hacia los actos de dichos poderes. Como consecuencia de esta doctrina los jueces deben dejar a los poderes políticos la solución de los conflictos constitucionales.²⁸

Entre los argumentos que pueden utilizarse para legitimar la actuación de los órganos jurisdiccionales de control se encuentra también la estructura del razonamiento práctico justificatorio de los jueces constitucionales. Este razonamiento parte de proposiciones normativas que resultan aceptables por sus propios méritos y con prescindencia de que hayan sido emitidas por determinada autoridad. En consecuencia:

²⁷ *Ibidem*, p. 163.

²⁸ *Ibidem*, p. 164 ss.

Cuando el contenido de esas proposiciones es apropiado, ellas constituyen juicios o principios morales, y éstos, a la vez que son el punto de inicio del razonamiento justificatorio, integran muchas veces los contenidos constitucionales. Así, tanto un ideal de constitucionalismo vinculado con los derechos como con la participación democrática pueden conformar principios legitimantes de determinadas autoridades, y pueden integrar la Constitución normativa. Precisamente esta Constitución es la que puede servir de premisa mayor de un razonamiento justificatorio de la decisión inicial. Esto conduce a sostener que el control judicial de constitucionalidad es inevitable, ya que los jueces no pueden justificar sus decisiones en el aspecto fáctico de la sanción de la ley [...], sino que necesariamente deben fundamentar tales decisiones en principios morales que son aceptados por sus méritos intrínsecos —tales como los que integran la constitución en sentido normativo.²⁹

Este argumento, por tanto, legitima la actuación de los jueces constitucionales desde un punto de vista lógico, pues el tipo de control que realizan, de gran amplitud, “les permite ponderar valorativamente la práctica jurídico-institucional vigente, además de legitimar, si fuera necesario, el trascender una ley para determinar si su aplicación, en el caso concreto, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica”.³⁰

Sobre la dificultad de enmendar los textos constitucionales como obstáculo para el ejercicio democrático, puede decirse, con Ferreres, que esta situación no implica que el principio de protección de los derechos esté por encima del principio democrático, sino que, como se ha señalado, dentro del propio principio democrático se establece una jerarquía entre la voluntad de una supermayoría y la voluntad de una mayoría simple. De esta forma, si “se insiste en que el principio de los derechos debería tener prevalencia frente al principio democrático, habrá que argumentar entonces por qué se da esa prevalencia”; sin embargo, si se dice, por el contrario,

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

“que no debe haber una prevalencia absoluta, sino que hay que buscar un punto de equilibrio entre democracia y derechos, habrá que indagar entonces cuáles son los límites que debe respetar el juez constitucional para no alejarse de ese equilibrio”.³¹

Por lo que se refiere a la objeción basada en la idea de que los jueces estén en posibilidad de imponer su punto de vista a los ciudadanos de manera regular y por largos periodos, podría responderse, como lo hacen Ferejohn y Pasquino, en el sentido de que es difícil que los órganos de control pretendan imponer una dictadura judicial a la sociedad.³² De hecho, Friedman expresa lo difícil que pueden ser las confrontaciones directas entre los ciudadanos y los órganos de control, al retomar las palabras de Shrewd, quien refiriéndose a los desacuerdos entre Roosevelt y la Suprema Corte de los Estados Unidos, señaló: “No appointive body of nine men can fly in the face of public opinion for too long without provoking an aswering attack”.³³ Retomando estos señalamientos, Pasquino y Ferejohn señalan que la Corte y la opinión pública raramente pueden estar alejadas por largos periodos, por lo menos en asuntos que son trascendentes para un grupo importante de personas; por el contrario, los argumentos que defienden tienden a converger en el tiempo. Sin embargo, estos autores señalan también que existen múltiples maneras en las que es posible que dicha convergencia se produzca, y cada una de ellas puede tener implicaciones diferentes para la democracia: “The Court’s jurisprudence could change because some members change their views, possibly in response to felt political pressures, or because some members are replaced. But it is also possible that on some issues, public opinion moves toward the

³¹ Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 49.

³² Ferejohn, John y Pasquale Pasquino, *op. cit.*, p. 355.

³³ Friedman, Barry, *The will of the people. How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 370.

Court's favored position".³⁴ Ahora bien, también es posible que en ciertos casos, tanto el punto de vista de los órganos de control como el de la opinión pública coevolucionen "deliberativamente" a través de una especie de diálogo en formas que tienden a acercarlos más que a alejarlos. En cuestiones controvertidas como el aborto, los derechos de los homosexuales o la eutanasia, esta evolución parece estar teniendo lugar cada vez con mayor fuerza.³⁵

En cualquiera de estos casos, sin embargo, los órganos de control, más que detener el debate, generan condiciones para que ciertos temas controvertidos se coloquen en la agenda pública, lo que a su vez favorece la democracia. Es verdad que no siempre los temas tratados por quienes realizan funciones de control constitucional trascienden las salas en las que se toman las decisiones, pero cuan-

³⁴ Ferejohn, John y Pasquale Pasquino, *op. cit.*, p. 357.

³⁵ *Ibidem*, p. 358. Pasquino y Ferejohn, al tratar la obra de Friedman, señalan que ésta presenta "an ideal-typical sequence: 'The Court rules. The public responds'. Over time, sometimes a long period, public opinion jells, and the Court comes into line with the considered views of the [...] public. Friedman tends to emphasize in his examples the second part of this process, in which the Court somehow does the conforming. He does not neglect the first stage —where the public (if it pays much attention) responds to a decision and argues and deliberates to arrive at its considered views on the matter. Rather, he puts less emphasis on this mechanism. And he certainly emphasizes that the public debate takes place in light of the actions of the Court, and is therefore likely subject to judicial influence to some extent. The emphasis on judicial conformity neglects the fact that in most cases, it was a decision by the Court that set the public debate going, and that the Court itself played a major role in laying out the terms under which public arguments are made and judged. The point is that the agenda is set and structured by an initial decision. Thus, if the Court later on revises the initial decision or even overturns it, the basic ideas and considerations were, in many cases, already implicit (or even explicit) in its earlier rulings. If this is right, it may not be accurate to think of the Court being pulled along by public opinion (which is, in many cases, not very well developed). It may be more correct to view the Justices as deliberating through concrete cases that come before them, while the public, too, deliberates, and reflects on similar issues."

do lo hacen, lo que se logra es inducir el debate público, por lo que bajo esta premisa, la naturaleza contramayoritara del control jurisdiccional, más que una dificultad puede ser una oportunidad para que las democracias se vuelvan más deliberativas. No son raros los casos en que los órganos de control han colocado temas importantes en la agenda política y los han mantenido ahí por largos periodos, estimulando la participación de grupos de interés, partidos políticos, instituciones y ciudadanos que reaccionan y tratan de encontrar o crear nuevas iniciativas que puedan superar el examen de los jueces constitucionales. Cuando esto sucede, los órganos de control generalmente delinear y dan forma al conflicto, exponiendo aspectos constitucionales que los actores políticos habían olvidado o a los que no se les había dado el valor que merecían. Los esfuerzos que los órganos controlantes realizan en esa dirección plantean escenarios adecuados para un subsecuente debate público en el que frecuentemente se revelan las divergencias políticas y los conflictos constitucionales que existen y que son importantes para la sociedad. El efecto de la actuación de los órganos de control es entonces, en muchas ocasiones, abrir la puerta a una amplia deliberación que provoca y activa a diversos grupos de la sociedad que esbozan o incluso definen determinados temas controvertidos desde el punto de vista constitucional o convencional, así como incluir esos temas con fuerza en el debate público hasta que en el ámbito político o institucional se tomen las decisiones necesarias para redefinir la forma en que serán tratados.³⁶

Para sumar argumentos a la defensa de la legitimidad democrática de los órganos de control, se ha dicho también que muchas

³⁶ *Ibidem*, p. 360. Sobre la apertura de este debate, Ferejohn y Pasquino han señalado que “Importantly, Court-induced deliberation has seldom been restricted to occupants of formal governmental institutions, nor to a narrow political or social elite, and certainly not to the judiciary or to Court itself. Rather, it seems to have been more or less regularly open to new voices and new forms of speech and action arising from the People Themselves (so to speak)”.

veces su actuación corresponde en mayor medida a las aspiraciones de la sociedad que las determinaciones tomadas por los órganos legislativos. Or Bassok señala al respecto que antes de que existieran mecanismos científicos para medir la opinión pública, se consideraba que las decisiones del Congreso eran las que la reflejaban y, en consecuencia, poner en duda la actuación de ese órgano representativo era ir en contra de la voluntad de la mayoría. No obstante lo anterior, Bassok evidencia que a partir de la aparición de mecanismos eficaces para medir la opinión pública, esta situación ha cambiado ya que no son raras las ocasiones en que la sociedad tiene desencuentros con el órgano legislativo y sus opiniones respecto a temas diversos se alejan de las de sus representantes. Por ello refiere que actualmente podría hablarse en muchas ocasiones no de una dificultad contramayoritaria, sino “contrarrepresentativa”.³⁷

Partiendo de estas premisas, Or Bassok realiza un análisis conceptual en el que identifica dos tipos de contramayoritarismo. En su sentido tradicional, la dificultad contramayoritaria estaría relacionada con lo complejo que resulta aceptar que el principio democrático de la regla de mayoría pueda ser compatible con el hecho de que jueces que difícilmente se sujetan a responsabilidad por su actuación, invaliden la legislación aprobada por representantes que son responsables ante el electorado. Dado que los poderes que son elegidos a través de elecciones, si pretenden permanecer en el gobierno, deben seguir el pulso de la sociedad y adoptar las políticas señaladas por los ciudadanos, el que un pequeño número de jueces –cuya actuación no está determinada por la presión popular y difícilmente pueden ser responsables ante ella– tenga en sus manos el destino de la legislación aprobada por órganos representativos es algo criticable.³⁸ Por su parte, la dificultad contramayoritaria en sentido literal tomaría en cuenta la forma en que la Corte responde

³⁷ Bassok, Or, *op. cit.*, pp. 337-339.

³⁸ *Ibidem*, pp. 340-343.

a la opinión pública. Para autores como Nathaniel Persily, si los órganos de control reflejan la opinión pública en sus decisiones, entonces sus decisiones no podrían ser descritas como contramayoritarias.³⁹ De hecho, Persily ha señalado que:

Although the distinctive feature of the judicial role and position is its supposed insulation from the pressures of public opinion, in several recent cases the courts and litigants have put forth public opinion polls as evidence supporting a particular constitutional interpretation. When used in this way, appeals to majoritarian sentiment (whether measurable or not) often justify a mode of constitutional argument that views the Constitution as a “living document” and judges role as helping the Constitution keep up with the times.⁴⁰

Estas dos perspectivas sobre la dificultad contramayoritaria que encuentran puntos de contacto al dar un importante valor a la opinión de la mayoría, son también distintos el uno del otro. Cuando, de acuerdo con las encuestas de opinión, el público apoya la declaración de inconstitucionalidad de una ley que llevan a cabo los órganos de control, su actuación no podría considerarse contramayoritaria en sentido literal; sin embargo, seguiría teniendo este carácter en un sentido tradicional debido a que una institución que no es responsable frente al electorado deja sin efectos una norma que fue aprobada por un órgano cuya actuación sí se encuentra bajo el escrutinio directo de los electores. De esta forma, los órganos que tienen asignadas labores de control pueden actuar en forma contramayoritaria en el sentido tradicional del término siempre que

³⁹ Para este autor, “the degree of difficulty presented by the Court’s countermajoritarian status can be assessed by how out of step its decisions are with public opinion in its decisions, then whatever other problems it might have, it could not be described as countermajoritarian”. Persily, Nathaniel, “Introduction”, en Persily, Nathaniel, Jack Citrin y Patrick J. Egan (eds.), *Public opinion and constitutional controversy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 5.

⁴⁰ *Idem.*

invalidan la decisión que toman órganos elegidos por los ciudadanos y no sólo —como podría implicar la definición de contramayoritarismo en sentido literal— cuando dejan sin efecto una ley que goza de una opinión favorable entre los integrantes de la sociedad. De la misma manera, un órgano de control jurisdiccional puede disfrutar del favor de la opinión pública y, consecuentemente, tenerse como una “institución mayoritaria”, pero seguiría considerándose como contramayoritaria para una democracia desde el punto de vista tradicional.⁴¹ Sin embargo, debe considerarse también que:

the Court may enjoy *durable* majoritarian support as an institution even while deciding some cases in a [countermajoritarian (CM)] fashion in the literal sense. The public may disagree with certain decisions making them CM in the literal sense. However, the more durable public support for the Court as an institution can transcend such reactions to the Court’s concrete performance and remain unscathed. Hence, the Court may be a majoritarian *institution* in the literal sense while deciding some cases against public opinion i.e., deciding literally in a CM fashion.⁴²

No obstante lo anterior, como se ha referido, este hecho no debe entenderse en el sentido de que los órganos de control pueden actuar en contra de la opinión pública durante mucho tiempo, pues debido a que éstos no obtienen su legitimidad del voto de los ciudadanos, deben encontrarla en su actuación y, por tanto, hasta cierto punto, en la aceptación que ésta logre por parte de los integrantes de la sociedad. En este punto es necesario distinguir entre el respaldo difuso y el respaldo específico que se da a los órganos de control jurisdiccional. Como señalan Caldeira y Gibson, cada ciudadano puede en determinado momento estar en desacuerdo con las políticas que llevan a cabo esos órganos de control, desconfiar de sus integrantes o criticar sus procedimientos. Normalmente, sin embargo, dichas actitudes no se traducen en una disminución del respaldo a la insti-

⁴¹ Bassok, Ork, *op. cit.*, p. 342 ss.

⁴² *Idem.*

tución. De hecho, un ciudadano puede estar en desacuerdo con lo que una institución hace, pero a pesar de ello continuar pensando en ella como el órgano legitimado para tomar ciertas decisiones. Bajo estas premisas, el “respaldo específico” se presenta a través de ciertas actitudes hacia una institución basadas en el cumplimiento por parte de ella de las demandas sobre un determinado tipo de políticas o acciones; mientras que el “respaldo difuso” se relaciona con actitudes favorables o con la buena disposición hacia la institución, que ayudan a los integrantes de la sociedad a tolerar decisiones a las que se oponen o a aceptar los efectos de aquello que consideran perjudicial para sus intereses.⁴³

El respaldo difuso puede considerarse, consecuentemente, el elemento que los órganos jurisdiccionales de control necesitan para tomar decisiones contramayoritarias y poder seguir gozando de la legitimidad que requieren en su actuar. Y este respaldo, aunque pudiera parecer paradójico, lo obtienen en la medida en que rara vez obstruyen importantes políticas compartidas por las mayorías nacionales. En los Estados Unidos, por ejemplo, diversos estudios han demostrado que existe una correlación entre la opinión de los ciudadanos medida por las encuestas y las decisiones de la Corte en los asuntos que tienen un sobresaliente tratamiento público. Dichos estudios empíricos han evidenciado que a lo largo del tiempo las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de control tienden a reflejar la opinión de la mayoría en lugar de frustrarla o confrontarla.⁴⁴

⁴³ Caldeira, Gregory A. y James L. Gibson, “The etiology of public support for the Supreme Court”, *American Journal of Political Science*, vol. 36, núm. 3, 1992, p.637.

⁴⁴ Bassok, Or, *op. cit.*, p. 351. Jeffrey Rosen comparte esta opinión al señalar que “Beginning with Robert Dahl in the 1950s, political scientists have argued that the Supreme Court throughout its history has tended to follow national opinion rather than challenging it”. Véase la introducción a *The most democratic branch: How the Courts serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

De hecho, existen diversos argumentos a través de los cuales se trata de explicar la relación que hay entre el comportamiento de los órganos jurisdiccionales de control y la opinión pública. El primero de ellos está relacionado con la forma en que se nombra a los jueces constitucionales, pues dado que generalmente en este proceso participan órganos representativos, las mayorías que son necesarias para la designación asegurarían cierta sincronía entre la actuación de las legislaturas y las decisiones de los integrantes de los órganos de control.⁴⁵ Este argumento, sin embargo, podría ser cuestionado en los sistemas en que el proceso de designación o los periodos de duración del cargo evitan la referida sincronización entre la participación del órgano representativo en los nombramientos y quienes a través de la jurisdicción realizan labores de control.

El segundo argumento para explicar la correlación referida es que los órganos de control se comportan como jugadores estratégicos en el entramado institucional y modifican su actuación tomando en cuenta la opinión pública y el comportamiento de otros jugadores políticos mayoritarios, con el fin de proteger el respaldo público del que gozan (su legitimidad sociológica), así como su eficacia política. De acuerdo con estos planteamientos teóricos, una de las preocupaciones de los jueces constitucionales es que la disminución del respaldo que tienen por parte de la opinión pública pueda implicar una pobre implementación de sus decisiones, provoque reacciones negativas o pueda tener otro tipo de consecuencias.⁴⁶ Por ende, para evitar este declive en su actuación, los órganos de control responden, hasta cierto punto, a la opinión pública.⁴⁷

⁴⁵ Bassok, Or, *op. cit.*, pp. 352-354.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 355.

⁴⁷ Lawrence Baum y Neil Devins señalan al respecto: “Scholars who perceive a linkage between the Court and the public emphasize what they see as the Justices’ concern with the Court’s legitimacy. Other possible sources of influence for public opinion (most notably, the Justices’ concern with their individual popularity) are typically given no weight. In this view,

El modelo actitudinal, que se ha empleado también para justificar la relación tratada sugiere, por su parte, que los jueces constitucionales tomen ciertas decisiones basándose primeramente en sus ideologías, que se delinearán a través de factores similares a aquellos que dan forma a las preferencias ideológicas de la opinión pública y sus representantes. En la medida que los jueces constitucionales compartan las preferencias ideológicas del público, consecuentemente, tenderán a reivindicar la opinión pública incluso sin intentar hacerlo.⁴⁸

Algunos autores señalan como un elemento más para explicar la relación entre las decisiones que toman los órganos de control y la opinión pública, las reacciones que ésta pueda tener ante la actuación de los jueces de control. Si entre la sociedad se da una desaprobación intensa y sostenida por parte de los ciudadanos respecto a una decisión jurisdiccional y ésta se acompaña por actitudes agresivas para oponerse a dicha decisión e intentar quitarle su fuerza legal, los órganos de control pueden intentar alinearse con la opinión de los disidentes. Por lo tanto, las movilizaciones sociales se constituyen en otro mecanismo que asegura que los órganos jurisdiccionales sean responsables de cierta forma ante la opinión pública.⁴⁹ De hecho, Friedman al tratar teóricamente el “matrimonio” que existe entre la Suprema Corte de los Estados Unidos y la opinión pública, ha señalado que a pesar de que aquélla siempre ha estado atenta al pulso de la sociedad, sólo recientemente ambas han entendido cómo interactuar de manera efectiva. Para él:

the Justices respond to public views because they are concerned with the Court's efficacy as a maker of legal policy. Lacking concrete sources of power, the Court depends on its public legitimacy”. Estos planteamientos se encuentran en “Why the Supreme Court cares about elites, not the American people”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 98, 2010, p. 1547.

⁴⁸ Bassok, Or, *op. cit.*, p. 355.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 356.

Now that the justices and the public understand how things work, the system tends to rest in a relatively quiet equilibrium. Political scientists call this anticipated reaction. The justices don't actually have to get into trouble before retribution occurs: they can sense trouble and avoid it. The people do not actually have to discipline the justices; if they simply raise a finger, the Court seems to get the message.⁵⁰

Este mecanismo de equilibrio a través del cual Friedman explica la sincronía que existe entre los órganos jurisdiccionales de control y la opinión pública, enfatiza la anticipación que se logra a través del “temor” a una reacción pública.⁵¹

Además de estos argumentos, se ha señalado que en ciertas áreas del derecho la opinión pública, cuando es fuerte, se incorpora al discurso legal como una fuente de legitimación de la interpretación constitucional, incluso sin pasar por el proceso democrático formal y sin que exista la amenaza de una reacción por parte de la opinión de los integrantes de la sociedad. En estas áreas la única cuestión relevante es si dicha opinión es lo suficientemente fuerte. Consecuentemente, la línea que separa a la opinión pública del lenguaje legal desaparece completamente pues aquella se incorpora a éste. Una de las implicaciones que tiene esta alineación entre los contenidos de las normas constitucionales y una arraigada opinión pública es, por tanto, la disolución de la dificultad contramayoritaria en su sentido literal.⁵²

Por otra parte, en lo que se refiere al señalamiento de que a través de la actuación de los jueces constitucionales se coarta al pueblo soberano, en ciertas circunstancias extremas, la posibilidad de desatender el orden jurídico para preservar la moral representada por su propia comunidad política, debe decirse que los órganos de control han sido considerados recurrentemente como los guardianes

⁵⁰ Friedman, Barry, *The will of the people*, *op. cit.*, pp. 376 ss.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Bassok, Or, *op. cit.*, pp. 357-358.

del principio de composición del cuerpo social. Esto, pues tienen como función mantenerlo inalterado, es decir, preservar las condiciones que hacen su poder soberano, igual a sí mismo en todos los instantes del tiempo. De esta manera, si los órganos jurisdiccionales de control se oponen al pueblo, es simplemente con el fin de evitarle ponerse en contradicción consigo mismo.⁵³ Además, es necesario tomar en cuenta que incluso si en circunstancias de normalidad política los órganos de control pueden dejar sin efecto las decisiones de los poderes ejecutivo y legislativo, en aquellas situaciones críticas en las que lo que está en juego es la propia comunidad política, los poderes electos democráticamente buscan coordinarse con los órganos jurisdiccionales para atender estas situaciones o simplemente los ignoran. Y es que es obvio que en momentos de crisis, los controlantes no pueden realizar juicios que impidan la autodefensa del sistema.⁵⁴ En este sentido, Gowder menciona que:

Not only do judges tend to feel no particular desire to turn their constitutions into suicide pacts, they have self-interested incentives not to do so, since their power and prestige also depends on the continuing existence of the democratic legal systems from which they draw authority. In those rare cases when the judiciary has tried to stand against the other branches in emergencies, it has found itself powerless.⁵⁵

Finalmente, por lo que hace a los niveles de fiscalización a los que pueden estar sujetos los órganos de control, no debe olvidarse que el pueblo y sus representantes (elegidos democráticamente) han tenido a lo largo del tiempo la posibilidad de presionar bajo ciertas circunstancias a los órganos de control y lo han hecho en numerosas ocasiones. La fiscalización de estos órganos de control por parte de la voluntad popular puede consecuentemente expresarse aun cuan-

⁵³ Álvarez Álvarez, Fernando D., *op. cit.*, p. 163.

⁵⁴ Gowder, Paul, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 16.

do los jueces constitucionales gocen de cierta libertad en su actuar, porque es el propio pueblo el que les ha dado dicha libertad. El poder jurisdiccional para controlar normas y actos de autoridad deriva entonces de la dispensa que le otorga la sociedad a los órganos de control.⁵⁶ Y no debe olvidarse, como señalara Bickel, que estas posibilidades de actuación derivan de las capacidades que tienen para atender cuestiones de principio que ni las legislaturas ni el Ejecutivo poseen.⁵⁷ Además, debe recordarse también que existen mecanismos como el *impeachment*, a través de los cuales los jueces constitucionales pueden ser sujetos de control en casos extremos, cuando los poderes políticos del Estado consideran que éstos han incurrido en responsabilidad por un mal desempeño en el ejercicio de sus funciones. Estos mecanismos deben emplearse con cautela cuando se dirigen a los órganos de control, pues pueden implicar la búsqueda de la conquista total del poder por mayorías accidentales en el poder legislativo; pero a pesar de este riesgo, no cabe duda de que figuras como el *impeachment* se presentan como instrumentos de control (extremos, por cierto) que los representantes del pueblo tienen sobre los órganos jurisdiccionales que revisan la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad.⁵⁸

⁵⁶ Friedman, Barry, *The will of the people*, *op. cit.*, p. 370.

⁵⁷ Para este autor “Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society, and it is not something that institutions can do well occasionally, while operating for the most part with a different set of gears [...] The courts are concerned with the flesh and blood of an actual case. This tends to modify, perhaps to lengthen, everyone’s view. It also provides an extremely salutary proving ground for all abstractions; it is conducive, in a phrase of Holmes, to thinking things, not words, and thus to the evolution of principle by a process that tests as it creates”. Bickel, Alexander, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁵⁸ Álvarez Álvarez, Fernando D., *op. cit.*, p. 163.

Este recorrido a través de las objeciones a la actuación contramayoritaria de los órganos de control, demuestra que cada una de ellas ha encontrado una respuesta en la doctrina que refleja oportunidades en los sistemas democráticos. Y es que el control de constitucionalidad realizado por órganos jurisdiccionales no sólo protege los contenidos sustanciales de la democracia, sino que trata también de asegurar las condiciones que reflejan la calidad democrática de una sociedad determinada, ponderando valorativamente la práctica jurídico-institucional que en ella se desarrolla.

IV. A MANERA DE CONCLUSIONES

Las objeciones a la actuación contramayoritaria de los órganos de control pocas veces encuentran cabida en las sociedades democráticas modernas. Al final del día, si los órganos jurisdiccionales, como se señalaba en *El Federalista*, no cuentan ni con la bolsa ni con la espada, sólo les queda la confianza de la sociedad –que se basa en el prestigio del que gozan– para permanecer como una pieza fundamental en el entramado institucional existente en los actuales Estados constitucionales. Es por ello que como actores que tienen a su cargo una de las funciones fundamentales en las democracias (servir como medio de coordinación a fin de que el pueblo cuente con canales institucionales para responder ante conductas inconstitucionales) deben gozar, al menos por regla general, del apoyo del cuerpo social. Este presupuesto es fundamental para los órganos de control, pues éstos son instituciones especialmente vulnerables al carecer de una conexión electoral que les provea legitimidad y tener en ocasiones que actuar contra la opinión pública para defender ciertos principios y valores contenidos en el texto constitucional. Sin embargo, su actuación más que verse como una dificultad en los sistemas democráticos, debe concebirse como una oportunidad, pues al usar medidas contramayoritarias para detener u obstaculizar los deseos de las mayorías cuando éstos son

contrarios a la Constitución, abren un espacio importante para la deliberación pública, incluyendo en ella nuevos puntos de vista que muchas veces escapan a las determinaciones gubernamentales y se sitúan fuera de las fronteras de lo políticamente correcto. Ahora, si bien es cierto que la forma en que los órganos de control cumplen con sus funciones favorece los procesos democráticos, no deben perderse de vista los riesgos de una excesiva politización de la justicia o de una perjudicial judicialización de la política. El reto entonces es encontrar un punto en el que sea posible la convergencia de los postulados propios del Estado constitucional con los deseos de la mayoría y, para ello, contar con un sistema de control bien estructurado se torna un elemento fundamental en los países democráticos.

UNA MIRADA A LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA INTERCULTURALIDAD Y LOS DIÁLOGOS INTERCULTURALES: UN PUNTO DE PARTIDA HACIA LA IGUALDAD PROFUNDA

JOSÉ RICARDO ROBLES ZAMARRIPA¹

RESUMEN: En el presente artículo se presentan reflexiones enfocadas a evidenciar la necesidad de redimensionar el discurso de los derechos humanos en un espectro de mayor conciencia sobre la incompletitud de los mismos; un espectro que permita percibir el analfabetismo intercultural presente en su origen y en sus expresiones contemporáneas. Ello se sustenta en la inexistencia de una visión única de derechos humanos al concebir estos como productos culturales y la consideración del proyecto intercultural como un marco más propicio para lograr una inclusión real de distintas cosmovisiones. Por último, con base en algunos casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o CoIDH) en materia de pueblos y comunidades indígenas y tribales, se presentan disertaciones sobre cómo la interacción entre derechos humanos e interculturalidad –a través de diálogos interculturales– puede ser una ruta para despensar y repensar a dichos derechos; considerarlos desde una visión consciente de sus limitaciones para así, poder estar más cerca de la generación de una “concepción intercultural de los mismos”.

PALABRAS CLAVE: *Derechos humanos; derecho y cultura; interculturalidad; diálogos interculturales; pueblos y comunidades indígenas y tribales; Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

ABSTRACT: This paper presents reflections focused on the need to resize the discourse of human rights in a spectrum of greater awareness of the incompleteness of them; a spectrum that allows

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Anteriormente laboró como integrante del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y como integrante del Observatorio Interamericano de Derechos Humanos de la UNAM. Correo electrónico: <ric.robzam@gmail.com>

perceive the intercultural illiteracy present in its origin and its contemporary expressions. This is based on the absence of a single vision of human rights if they are conceived as cultural products; and consideration of the intercultural project as a more appropriate framework to achieve real inclusion of different world views. Finally, on the basis of some cases of the Inter-American Court of Human Rights (CorteIDH or CoIDH) on indigenous and tribal peoples and communities, it presents some reflections on how the interaction between human rights and interculturality can be a way to unthink and rethink those rights through intercultural dialogue; considering a conscious view of their limitations to be closer to the construction of an “intercultural conception of them.”

KEY WORDS: *Human rights; law and culture; interculturality; intercultural dialogues; indigenous and tribal peoples and communities; Inter-American Court of Human Rights.*

SUMARIO: 1. UNA VISIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS EN OCCIDENTE; 2. ¿QUÉ ES LA INTERCULTURALIDAD SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS; 3. SUCINTA REFLEXIÓN SOBRE LA INTERCULTURALIDAD PRESENTE O AUSENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES; 4. A MANERA DE (IN) CONCLUSIÓN: ALGUNOS POSIBLES PUNTOS DE PARTIDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INTERCULTURALIDAD.

I. UNA VISIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS EN OCCIDENTE

1. CONCEPCIÓN DOMINANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

El surgimiento de los derechos humanos tal como fueron concebidos en los principales instrumentos internacionales en la materia,² se encuentra ampliamente vinculado con el desarrollo del mundo occidental. Entendido como el mundo (cultu-

² Para efectos del presente trabajo, la fecha estimada se ubica entre los siglos XVII y XIX véase Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger publishers, 1979, , p. 3.

ra, instituciones, etc.) construido desde la visión de mundo sostenida principalmente por Estados Unidos de Norteamérica, Francia e Inglaterra.

En efecto, el proceso de aparición de los derechos humanos en la historia moderna, sin duda ha influido en la consagración de dichos derechos en la normatividad internacional así como en las construcciones doctrinarias que a su alrededor se han elaborado.³ Para comprender con mayor nitidez la naturaleza y alcance de los derechos humanos –como realidad y concepto- en este texto se considera valioso y necesario el conocimiento de sus orígenes.

Tal como lo señala Bobbio, Leonor Roosevelt al referirse a la aprobación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* señaló que la Declaración:

Deb[ía] ser acogida como la Carta Magna internacional de toda la humanidad [...]. *Su proclamación por parte de la Asamblea General* puede ser de igual importancia que la proclamación de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*, que la proclamación de los derechos del hombre en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* y que declaraciones análogas hechas en otros países.⁴

La afirmación visibiliza que los procesos de desarrollo político y jurídico de países marcadamente occidentales, estuvo muy cerca –incluso intencionalmente cerca- del proceso de construcción de la Declaración Universal y en consecuencia, de los instrumentos internacionales que se desprendieron de ella –la Convención Americana incluida.

³ Es importante precisar que como se desarrollará más adelante, los derechos humanos pueden ser vistos no únicamente como derechos públicos subjetivos pues dicha calificación si bien es común en distintas doctrinas, no es necesariamente la única forma de concebirlos. Para una concentración amplia de reflexiones sobre los derechos humanos desde una perspectiva crítica y latinoamericana véase Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Ítaca, 2013E.

⁴ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 38.

De igual forma, se ha señalado que en del s. XVII al s. XX en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos se formularon las raíces jurídicas y políticas de los derechos humanos.⁵ Las nuevas doctrinas filosóficas descansaron en la idea de que la autonomía individual y los derechos inherentes del ser humano fueron asimilados como una explicación y justificación del orden social que se configuró desde el s. XVIII en las sociedades occidentales. Ahora bien, mientras en los siglos dieciocho y diecinueve el concepto de derechos humanos se institucionalizó en el marco de los Estados-nación, el s. XX atestiguó la apropiación de este concepto en el seno de organizaciones regionales e internacionales.⁶

La visión del mundo compartida por Estados occidentales como Estados Unidos, Francia e Inglaterra, no sólo estuvo presente, sino que tuvo una gran influencia en la configuración de los instrumentos internacionales que hoy día integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Sin embargo, el desarrollo histórico antes referido parece ser poco considerado en la construcción del discurso de los derechos humanos que se desprende de los instrumentos internacionales antes señalados. Muestra de ello es el carácter universal que se imprime como un principio rector de todos los derechos humanos pero que, al contrastarse con su evolución histórica, resulta una característica sumamente “contra-histórica”.⁷

En consideración de lo anterior, se estima que para lograr una concepción intercultural de los derechos humanos resulta necesario que el desarrollo del DIDH sea observado como un proceso en constante construcción y por lo tanto, principios como el de universalidad deberían asumirse como pretensiones –legítimas si se quiere- para lograr un ideal más no como una característica inmu-

⁵ Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger publishers, 1979, p. 2.

⁶ *Ibíd.*, p. 3

⁷ *Ibíd.*, p. 4.

table atemporal, ahistórica, acultural, etc.⁸ Pues, en principio, gran parte de las normas propias del derecho internacional son producto de negociaciones y acuerdos convencionales lo que se traduce en que la universalidad alcanzada es una “universalidad pactada” tan universal como las voces que hayan influido en la adopción de los acuerdos alcanzados. La universalidad no es un fenómeno natural sino que siempre será una construcción realizada con un interés y una intención definida y un propósito específico.⁹

Lo anterior, permite advertir que los derechos humanos son un tema de alta complejidad pues:

por un lado en ellos se da una confluencia estrecha entre elementos ideológicos y culturales. Por otro, su naturaleza normativa está estrechamente imbricada en la vida concreta de las personas. [De esa forma], no podremos comprender de qué estamos hablando sin un análisis que no parta de dicha complejidad teórica y dicho compromiso humano.¹⁰

Para responder a dicha complejidad, el título del presente apartado hace referencia a una “concepción dominante” de los derechos humanos. La adopción de dicha denominación implica al menos dos cosas: 1. No hay sólo una concepción de los derechos humanos; y 2. De las diversas concepciones que existen sobre los derechos humanos, hay una que resulta dominante (la concepción occidental).

⁸ Ídem.

⁹ Mutua, Makau, “The complexity of Universalism in Human Rights”, en *Human Rights with Modesty: The problem of Universalism*, Países Bajos, 2004, MARTINUS NJHOFF PUBLISHERS, p. 51.

¹⁰ Asimismo, esta postura exige no reducir el desarrollo de los derechos humanos netamente al ámbito normativo ni a la concepción occidental de los mismos. Pues, “cualquier acercamiento a los derechos que simplifique o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas [consecuencias].” Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Ante, Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, S.A., p. 19-78, p. 1.

Por lo que respecta a la existencia de otras concepciones de derechos humanos, puede señalarse como ejemplo una declaración de carácter internacional más no occidental a saber, la *Declaración de los derechos humanos en el Islam*, en la cual se reconocen diversos derechos y principios propios desarrollados en el marco de la organización religiosa que engloba todo el Islam.¹¹

En cuanto al carácter dominante de la concepción occidental de los derechos humanos, como se expuso antes, los países Occidentales tuvieron y tienen una fuerte influencia en la realización de la ingeniería institucional y normativa que da sustento al DIDH. Por lo tanto, no debe obviarse que en el momento en que la DUDH fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, aún muchos países se encontraban bajo dominio de Occidente tanto político, ideológico y cultural.¹²

¹¹ *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam*, adoptada en la 19ª Conferencia islámica de Ministros de Asuntos Exteriores (sesión de Paz, Desarrollo y Solidaridad, celebrada en el Cairo, República Árabe de Egipto, del 9 al 14 de muharram de 1411 (31 de julio – 5 de agosto de 2009). V. g. la sujeción de toda construcción relativa a los derechos que asume como fuente la religión islámica así la definición de vida, el artículo 2º señala que “a) La vida es un don de Allah. La vida de todo ser humano está garantizada. Los individuos, las sociedades y los estados protegerán este derecho contra toda agresión. No es posible suprimir una vida si no es a exigencias de la Sharía.” Cabe señalar que los postulados sostenidos en la Declaración de derechos humanos en el Islam encuentran similitud con los derechos humanos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impulsados por Occidente, no obstante una de las diferencias torales entre ambas concepciones estriba en el origen de los derechos. Ver Imam Jomeini (ra) *Un breve vistazo a las similitudes y diferencias entre los derechos humanos islámicos y los derechos humanos occidentales*, Islam, Occidente y los Derechos Humanos, ELHAME SHARGH, p. 2.

¹² Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, *Human Rights. Op. cit.*, p. 4. Estos autores señalan que en la época en la que dichos instrumentos se configuraron Estados Unidos de Norteamérica aún tenía fuerte dominio sobre diversos Estado latinoamericanos asimismo, persistían algunas colonias inglesas en África y Asia. Las preocupaciones e intereses de estos países, bondadosas o no, tuvieron una presencia fundamental en la configuración de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hoy día están vigentes.

De esa forma, los derechos humanos constituyen una expresión cultural particular de Occidente¹³ que defiende la aplicabilidad universal de este concepto e instaura la expresión de la búsqueda de un “ideal de mundo” al que todas y todos deben arribar.¹⁴

Los derechos humanos no deberían asumirse como categorías normativas que existen en un “mundo ideal” que espera ser puesto en práctica por la acción social ya que aquéllos, se crean y recrean a medida que se actúa en el proceso de construcción social de la realidad,¹⁵ no asumir lo anterior, conllevaría a desproveerles de su potencial de cambio efectivo de las condiciones de vida de las personas.

Así, dichos derechos deberían ser asumidos como una creación cultural que como tal, tienen una fuerte vinculación con el contexto en el que se desarrollan. Es decir, deberían concebirse como “un producto cultural surgido en un contexto concreto y preciso de relaciones que comienza a expandirse por todo el globo —desde el siglo XV hasta estos inciertos comienzos del siglo XXI— bajo el nombre de modernidad occidental”.¹⁶

¹³ En este punto, comparto la postura de Robert Fine (en la que indica que no debe dejarse de lado que la configuración de las ideas principales que han dado sustento a “Occidente”, son producto de una multiplicidad de interacciones entre culturas, producto de una fertilización cultural cruzada y que por lo tanto, muchas de las ideas centrales de derechos humanos se han nutrido de dicho intercambio cultural. No obstante, estimo que en muchos de dichos intercambios culturales la desigualdad cognitiva y epistémica ha estado presente. Para acceder a las ideas sostenidas por Robert Fine véase Robert Fine, *Are human rights Western?*, Universidad de Warwick, disponible en <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/emeritus/robertfine/home/teachingmaterial/humanrights/lecturepodcast/are_human_rights_western.pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2013.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 1-3.

¹⁵ Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los libros de la catarata, 2005, p. 17. Para este autor, los derechos humanos son un producto cultural desprendido de la modernidad occidental capitalista. No obstante, actualmente se considera que, sin obviar su estrecha relación, puede ubicarse el origen de los derechos humanos incluso

La adopción de la postura anterior no pretende afirmar que todo lo que se ha realizado en nombre de los derechos humanos ha servido a intereses impositivos y desigualitarios. Tampoco como un de-nuesto en perjuicio de otras formas de manifestación de resistencia frente a lo que se ha considerado como inaceptable para ser vivido por un ser humano.¹⁷

Sobre ese escenario, en virtud de que la concepción dominante de los derechos humanos suele estar identificada con principios como la universalidad *–a priori–*, la atemporalidad o la pureza, resulta necesario reivindicar el entendimiento de los mismos por medio de un análisis crítico de “los presupuestos racionales que, al ser hurtados al contexto cultural y a los intereses de poder, se presentan como lo universal, es decir, lo no situado, lo no diferente, lo no histórico.”¹⁸

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS RESPUESTAS QUE PUEDEN APORTAR LOS DERECHOS HUMANOS A LAS PREGUNTAS QUE SE GENERAN EN LA REALIDAD ACTUAL

En este punto, se considera necesario visualizar que, como lo sostiene Boaventura De Sousa Santos, los derechos humanos, deberían constituir una *respuesta fuerte* a los problemas del mundo, tan fuerte como para poder ser “universalmente” válidos. Sin embargo, como

en un escenario precapitalista pues la modernidad occidental, tiene alcances más amplios que el capitalismo. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.

¹⁷ El papel de los derechos humanos a lo largo de la historia se ha modificado constantemente y en consecuencia, en ocasiones “han cumplido un papel legitimador de ese nuevo sistema de relaciones; y en otros momentos y bajo otras interpretaciones han jugado el papel de movilización popular contra la hegemonía de las relaciones” que se han configurado a lo largo de la existencia de la modernidad en Occidente. Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto, op. cit.*, p. 17.

¹⁸ Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo, Derechos humanos y crítica de la razón liberal, op. cit.*, p. 6.

lo señala lusitano ahora “parece más y más obvio que nuestro tiempo no es uno de *respuestas fuertes*. Apenas es un tiempo de *preguntas fuertes* y *débiles respuestas*.”¹⁹ Pues nuestro tiempo es testigo de un proceso de transición paradigmática que atestigua la crisis de la hegemonía socio-cultural del paradigma de la modernidad occidental.

Con una base de corte dialógico, el mundo podría trazarse en preguntas y respuestas. De esta forma, Santos propone la clasificación en *preguntas fuertes* y respuestas que pueden ser: *respuestas fuertes* o *respuestas débiles* que a su vez pueden ser *respuestas fuertes/débiles* o *débiles/débiles*.

Santos denomina a lo que en el presente trabajo se ha sostenido como “concepción dominante” (según se señaló en párrafos anteriores) de los derechos humanos como el “pensamiento y práctica convencional” sobre los mismos. En ese entendido, dichos derechos, concebidos desde la dinámica convencional, constituyen respuestas *débiles/débiles*, es decir, una respuesta a los problemas del mundo que toman los límites del paradigma en el que se inscriben como algo dado que a su vez, se rehúsa admitir sus límites históricos, políticos y culturales. Por tanto, sólo a través de una reconstrucción teórica y política radical, los derechos humanos podrían constituirse como respuestas *fuertes/débiles* que contribuyan a su vinculación con la realidad en la que se inscriben.

En este punto, vale la pena indicar que la concepción dominante de los derechos humanos tiene al menos las siguientes cinco características:

1. Se asumen como universalmente válidos pero muchas veces son irreflexivos sobre el contexto social, cultural y político en el que se inscriben y sobre los diferentes regímenes

¹⁹ De Sousa Santos, Boaventura, “If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights” en *Law, Social Justice & Global Development*, Reino Unido, 2009 (1), LGD, p. 3 documento disponible en <www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos>. Traducción propia.

de derechos humanos que existen en diversas regiones del mundo;

2. Parten de la premisa de la naturaleza humana como individual, autosuficiente y cualitativamente distinta de la naturaleza no-humana;
3. Lo que constituye una violación a derechos humanos es determinado por declaraciones universales, normatividad internacional, instituciones multilaterales y organizaciones no gubernamentales globales;
4. Asume que el cumplimiento o incumplimiento de los estándares en materia de derechos humanos de ninguna forma compromete la validez universal de los mismos; y
5. El respeto a los derechos humanos es mucho más problemático en el Sur global que en el Norte Global.²⁰

Lo que las características anteriores representan es la configuración de un discurso de los derechos humanos que puede haber gozado de relativa fortaleza interna en su desarrollo pero que en muchas ocasiones, se encuentra desprendido de la realidad; de la realidad en la que busca incidir para su transformación. De esta forma, en caso de que el DIDH se encuentre cimentado en una concepción de este talante, difícilmente podrá constituirse como una herramienta útil para lograr una igualdad material entre las distintas realidades del mundo.

En concreto, Santos lanza dos *preguntas fuertes* al pensamiento y práctica convencional de los derechos humanos. 1. Si la humanidad es una sola, ¿por qué hay tantos principios diferentes concernientes a la dignidad humana y sobre una sociedad justa, todos ellos pre-

²⁰ Las características referidas se desprenden de la obra: *Cfr.* De Sousa Santos, Boaventura, "If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights", *op. cit.*, p. 3 documento disponible en <www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos>. Traducción propia.

sumiblemente únicos y comúnmente contradictorios entre sí? La respuesta convencional a esta pregunta consiste en señalar que esa diversidad no contradice la universalidad de los derechos humanos. Esa es una respuesta *débil/débil* pues, según De Sousa, sostiene una universalidad abstracta. De igual forma, dicha respuesta desecha la complejidad de la pregunta pues supone que la historicidad del discurso de los derechos humanos no interfiere con su estatus ontológico; es más reduce el entendimiento del mundo, al entendimiento occidental.²¹

El otro cuestionamiento que se establece frente a los derechos humanos es ¿Qué grado de coherencia es requerida entre los principios, cualquiera que estos sean, y las prácticas que se realizan en su nombre?

Una vez más, la respuesta a esta pregunta es de carácter *débil/débil* pues se limita a aceptar como natural o inevitable el hecho de que la afirmación de los derechos humanos no pierde credibilidad por el incremento de violaciones graves y sistemáticas de los mismos. Se continúa la búsqueda de respuestas en los mismos lugares, pero a la par, sigue aumentando el inasible cementerio de promesas traicionadas.²²

De esta forma, puede vislumbrarse la configuración de una especie de paradoja en el discurso de los derechos humanos pues a pesar de que la normatividad nacional e internacional ha incrementado en las últimas décadas, las violaciones a los mismos no cesan y por el contrario, se incrementan.²³

²¹ De Sousa Santos, Boaventura, "If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights", *op. cit.*, p. 4 documento disponible en <www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos>. Traducción propia.

²² Ídem.

²³ Así, en palabras de Joaquín Herrera Flores, en el terreno de la concepción dominante de los derechos humanos se ha generado una gran paradoja: "[...] la cada vez mayor consolidación y proliferación de Textos Internacionales, Conferencias, Protocolos..., ha ido paralela a la profundización de desigualdades e

En otros términos sólo al reconocer la fragilidad actual de los derechos humanos será posible construir ideas mucho más sólidas y prácticas de resistencia.²⁴ Así, la ausencia actual de eficacia real “no debe conducirnos al escepticismo y a la renuncia, pero tampoco a la ceguera o [a] la indiferencia”.²⁵

II. ¿QUÉ ES LA INTERCULTURALIDAD SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS?

1. LA RELACIÓN ENTRE CULTURAS Y DERECHOS.

El Derecho es una institución social y, como tal, está estrechamente vinculado con el contexto en el que se inscribe y con la sociedad que busca regular, representar o construir.²⁶ Al desarrollarse en una sociedad determinada, el Derecho invariablemente es un producto cultural y al mismo tiempo, productor de cultura. De esa forma, al tiempo que se deriva y nutre de una cultura determinada, también incide en su formación y desarrollo.

injusticias que hacen cada vez más amplia la separación entre los polos, no sólo geográficos sino también económicos y sociales, del Sur y del Norte. Se ve, pues, como una necesidad entender los derechos humanos desde la perspectiva de la estrecha vinculación entre ellos y las políticas de desarrollo.” Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo, Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, *op. cit.*, p. 24.

²⁴ De Sousa Santos, Boaventura, “If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights” *op. cit.*, p. 5 documento disponible en <www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos>. Traducción propia.

²⁵ Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo, Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ En este texto se parte de la base de que la definición del Derecho como institución social es un “lugar común” en los estudios socio-normativos, no obstante los matices de dicha caracterización y su vinculación con la cultura y los derechos humanos son lo que busca caracterizar el presente trabajo.

Incluso la idea de que el Derecho es –o debería ser– un espejo en cual se reflejara la realidad en la que se inscribe, constituye para muchos un axioma de los estudios socio-jurídicos.²⁷ La postura que se asume, pretende analizar el papel que el sistema normativo, como institución social, ha cumplido o ha dejado de cumplir en el marco de la modernidad occidental.²⁸ Ello en sintonía con Santos en tanto sostiene que dichos “espejos sociales”, en tanto procesos sociales, tienen vida propia. Luego, puede alterar su funcionalidad e incluso pueden dejar de reflejar a la sociedad que deberían representar.²⁹

Es decir, es posible advertir cómo nuestras instituciones sociales, en cuanto se aíslan y dejan de considerar el contexto y la realidad a la que deberían de representar o “reflejar”, se petrifican. Derecho, derechos, cultura y demás instituciones ajenas a su contexto, terminarán por constituirse como estatuas –quizá perfectas– pero siempre ajenas.

Por otra parte, es relevante analizar la delimitación de cultura como institución; no para señalar que la misma es una definición inamovible o universalmente aplicable sino para sentar bases mínimas de entendimiento sobre la forma en que dicho concepto se vincula con el Derecho. Pero, sobre todo, para enfatizar la vinculación que se presenta entre las culturas y los derechos humanos.

La cultura es, ante todo, un posicionamiento de un determinado grupo humano que comienza a expresar y reflexionar lo que “se es”. Es lo que sucede en un momento determinado, en un contexto determinado, ante circunstancias particulares y realidades concretas. Por ende, no debe existir un entendimiento de la cultura como

²⁷ Chase, Oscar G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 23.

²⁸ De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de brouwer, Bilbao, 2003, vol. 1, p. 50.

²⁹ Ídem.

un todo universal replicable a cualquier contexto, pues la cultura deberá ser siempre, identidad.³⁰

Asimismo, la cultura puede ser vista como “el cultivo de todo aquello que nos ayuda a colocarnos en la realidad del entorno, no sólo natural sino también social. [...] Por eso, [...] se conectan la idea de cultura, la de identidad cultural y la de interacción cultural.”³¹ De esa forma, aquí se defiende la idea de la cultura, como muchas que poseen una identidad propia, por lo tanto son diversas al tiempo que entre ellas –en menor o mayor grado- la interacción existe.³²

Lo anterior arroja luz sobre la complejidad de la cultura, pues, como palabra, es susceptible de múltiples significados y ante la polisemia del concepto, se visibiliza que no hay un concepto “único” o “correcto” de cultura. Así, “la adopción del [concepto] más adecuado debe de estar en función de los problemas que queremos comprender”.³³ Por ello, como delimitación metodológica, aquí cultura se entiende sobre todo como proceso que deriva de (y genera) la identidad de un determinado grupo humano en un contexto particular.

En consecuencia, se considera que asumir cualquier categoría “universal”, “ultraterrena” o “descontextualizada”, es invisibilizar y excluir visiones de mundo distintas a la dominante que a su vez perpetuará la imposición de una visión de mundo unívoca y un

³⁰ Cfr. Echeverría, Bolívar, *Definición de la cultura*, México, UNAM-Ítaca, 2001, p. 187.

³¹ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, p. 12.

³² Para profundizar en algunas otras complejidades asociadas a la comprensión de la palabra cultura véase Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, p. 12 a 14 y Walsch, Wolfgang, “¿Qué es la transculturalidad? en Schmidt-Welle, Friedhelm Multiculturalismo, transculturación, heterogeneidad, poscolonialismo. Hacia una crítica de la interculturalidad, México, Herder, 2011, p. 11.

³³ Olivé, León, *Interculturalismo y justicia social*, UNAM, México, 2008, p. 30.

código de valores particular como *tabula rasa* a cualquier realidad o contexto.

Hay una advertencia más que se asume en el presente trabajo: la necesidad de vincular modernidad y cultura. “[L]a modernidad es la que se ha autoconsiderado como la más culta, como la detentadora de la cultura, como la cultural por antonomasia. Y el occidente es lo europeo, singularmente lo griego y desemboca en la modernidad. Es la eclosión de la razón.”³⁴

A la luz de esta relación cultura-modernidad, puede visibilizarse a la modernidad como proyecto cultural y, en consecuencia, comprender cómo en su desarrollo, todo aquello que no se ajustara a sus contornos fue considerado como bárbaro o incivilizado. De esa forma, no existía necesidad de consideración de otras culturas, ni de otros contextos o realidades pues, lo único que merecía atención y esfuerzo era el proyecto cultural moderno occidental.

No hay mono-cultura y no hay mono-derecho. El ser humano vive inserto en una cultura determinada que a su vez se encuentra entre muchas culturas que interactúan entre sí. Lo que invariablemente, “da riqueza pero también provoca conflictos porque se pueden recibir muchas enseñanzas de otra cultura pero también se encontrarán en ella elementos que discutir o rechazar.”³⁵

Cultura(s) y derecho(s) tienen una relación constante y se alimentan mutuamente, es decir, ambas, como instituciones sociales, son dibujadas por el contexto y la sociedad en la que se desarrollan. Ambas instituciones, también juegan un papel performativo de la sociedad o grupo humano en el que existen ya que influyen en la configuración social que dicho grupo o sociedad adquiere.

Ante este panorama, en las páginas siguientes se abordará la interculturalidad como proyecto y se defenderá la misma como la concepción de las culturas más idóneo para lograr la materializa-

³⁴ Beuchot, Mauricio, Interculturalidad y derechos humanos, México, UNAM-Siglo XXI, 2005, p. 14.

³⁵ *Ibidem*, p. 20.

ción de efectivos diálogos interculturales que permitan construir una justicia cognitiva entre las diversas culturas y concepciones de los derechos humanos.³⁶

2. LA INTERCULTURALIDAD, DIÁLOGOS INTERCULTURALES Y LOS DERECHOS HUMANOS

A) ¿QUÉ ES LA INTERCULTURALIDAD?

La apuesta misma por el acto de definición de lo intercultural o de la interculturalidad, podría significar en sí misma, la apuesta por un acto poco intercultural. Existen al menos cuatro razones fundamentales que evidencian el dilema que desde la interculturalidad representa el acto de su definición. Dicha tétrada de razones/problemas puede enunciarse de la siguiente forma: 1. La pregunta por la definición podría significar un acto de violencia intercultural; 2. Definir implica limitar, y limitar implica fragmentar o parcelar; 3. La definición tiende a objetivizar lo definido; y 4. Las defini-

³⁶ Se tiene conciencia de que la relación entre cultura y Derecho y derechos podría explicarse no sólo a través de la interculturalidad sino también existiría la opción planteada por el liberalismo al respecto –particularmente el igualitario– y desde el multiculturalismo. Sin embargo la profundización en dichas opciones van más allá de los fines del presente artículo. Particularmente, por las similitudes que intuitivamente podrían concebirse entre multiculturalidad e interculturalidad vale indicar una de las críticas por las que la primera (la multiculturalidad), no se considera la vía más propicia para construir un respeto profundo entre culturas. Ello se sostiene en que en muchas ocasiones, desde el enfoque del multiculturalismo o multiculturalidad, se entiende a las culturas bajo una especie de inamovilidad *hacia afuera*; es decir, a pesar del gran avance que constituyó el dictamen del multiculturalismo al denunciar que muchas culturas y no sólo una coexisten en un Estado, parece observar a las culturas como entidades desvinculadas o desconectadas o –en el mejor de los casos– como *pequeñas* culturas que coexisten en el marco y bajo las pautas de *una gran* cultura. *Cfr.* Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época*, México, Universidad Andina de Simón Bolívar-ABY Yala, 2009, p. 42 y ss.

ciones suelen formar parte de una construcción teórica que busca cerrarse sobre sí misma.³⁷

Con consciencia de ello, desde la cultura Occidental, se señalarán las bases mínimas de entendimiento sobre interculturalidad o interculturalismo, asumiendo las barreras, pero también los canales culturales que influyen en la construcción de este texto. Este escrito es una manifestación de analfabetismo intercultural³⁸ que pretende alfabetizarse.

La interculturalidad ha sido observada desde distintos enfoques que se han centrado en la relación entre culturas pero sobre todo, han enfatizado el dinamismo, mutabilidad y constancia de dicha interacción. La interculturalidad es, en otras palabras, una relación viva. La interculturalidad constituye una actitud de denuncia frente a las relaciones culturales que, usualmente se reproduce en las sociedades actuales construidas sobre la base cultural de la modernidad occidental. La interculturalidad confronta directamente el intento moderno por homogenizar el mundo bajo una sola visión del mismo, bajo una sola cultura que sea la “cultura entre culturas” y un solo código interpretativo válido de la realidad.

Pero interculturalidad, no sólo implica denunciar la existencia de una multiplicidad de culturas que usualmente se invisibiliza –aporte que ya realiza el multiculturalismo– sino que además pone el énfasis en la interacción que se da entre las culturas. Por ello:

la interculturalidad es experiencia, vivencia, de la impropiedad de los nombres propios con que nombramos las cosas. [Es] la experiencia de que nuestras prácticas culturales deben ser también prácticas de traducción. [...] Interculturalidad es el reconocimiento de la necesidad de que una

³⁷ Para acceder a un desglose de estas críticas o peligros en el proceso de definición véase Fornet-Betancourt, Raúl, *Lo intercultural: El problema de su definición*, Achen, p. 157 a 159.

³⁸ *Ibidem*, p. 160.

dimensión fundamental en la práctica de la cultura que tenemos como “propia” tiene que ser la de la traducción de los “nombres propios” [...]”³⁹

La interculturalidad debe asumirse como un sinónimo de traducción y, dicha traducción, debe implicar al menos dos cosas: diálogo y la igualdad más amplia entre los *dialogantes culturales*.

Como sostiene Beuchot, la interculturalidad también parte del reconocimiento de que las “culturas interactúan entre sí [lo que] da riqueza pero también provoca conflictos [e implica una] situación dual de aprendizaje y de crítica que se da en la relación intercultural.”⁴⁰ Por ello, para este autor, la interculturalidad “se plantea como el *desiderátum* a alcanzar.”⁴¹

Ahora bien, en los siguientes párrafos se hará referencia a la interculturalidad desde el desarrollo doctrinario que ha elaborado Catherine Walsh por considerarlo el más adecuado según el objetivo que se persigue en este texto. Para Walsh, la interculturalidad es un:

proceso y proyecto social, político, ético y epistémico. Al ser un principio ideológico y político, inicialmente propuesto por el movimiento indígena ecuatoriano —y no un concepto concebido desde la academia—, la interculturalidad despeja horizontes y abre caminos que enfrentan al colonialismo aún presente, e invitan a crear posturas y condiciones, relaciones y estructuras nuevas y distintas. [...]

La interculturalidad es un proyecto que por necesidad convoca a todos los preocupados por los patrones de poder que mantienen y siguen reproduciendo el racismo, la racialización, la deshumanización de algunos y la súper y sobrehumanización de otros, la subalternización de seres, saberes y formas de vivir. Su proyecto es la transformación social y política, la

³⁹ Fornet-Betancourt, Raúl, *Interculturalidad: Asignatura pendiente de la filosofía latinoamericana. Para una revisión crítica de la filosofía latinoamericana más reciente*, texto electrónico disponible en <<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090503.pdf>> página consultada el 13 de abril de 2014, p. 2.

⁴⁰ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos, op. cit.*, p. 20.

⁴¹ *Ibidem*, p. 13.

transformación de las estructuras de pensar, actuar, soñar, ser, estar, amar y vivir.⁴²

Como se desprende del texto anterior, la interculturalidad tiene un espectro de enfoque muy amplio. No se trata sólo de reconocer la diversidad cultural sino también de lograr que dicha diversidad sea igualmente respetada entre las culturas que interactúan. Tal interacción debe asumir que quienes dialogan o se relacionan, pueden hacerlo sobre distintas visiones del mundo y, entonces, no se trata sólo de tolerar a los “otros” con base en los valores propios sino también, aceptar que ese “otro” puede tener una escala de valores diametralmente distinta a la nuestra que también debe considerarse.

Sobre esa línea, puede advertirse la integralidad que pretende enfocar la interculturalidad pues, no basta con hacer doctrina o textos interculturales sino que la interculturalidad, por la profundidad a la que se dirige, exige la refundación de muchas de las concepciones, instituciones, principios e ideas sobre las que una sola cultura —la Occidental— ha construido su mundo. En fin, exige la apertura hacia “otros mundos posibles”.

Es importante indicar que la interculturalidad no busca presentarse “como un nuevo paradigma totalizante, sino como perspectiva, proceso y proyecto de vida por construir.”⁴³ En el momento en que la interculturalidad derive en un proyecto totalizante se estará “descaracterizando”; pasaría de ser intercultural a un proyecto monocultural. Por ello, la interculturalidad entiende que “[l]o que es diverso no es desunido, lo que es unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es desigual no tiene que ser injusto; tenemos el derecho a ser diferentes, cuando la igualdad nos descaracteriza.”⁴⁴

⁴² Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁴³ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

La interculturalidad se plantea como un proceso que busca ser una alternativa ante un contexto sumamente desigual en el que muchas culturas han sido invisibilizadas o dejadas fuera de la construcción del mundo figurado sobre la cultura de la modernidad occidental. En otras palabras, la interculturalidad denuncia que las culturas “marginadas” fueron impedidas para contribuir a la construcción de la *visión de mundo* dominante.

Ello resalta al considerar que en América Latina,⁴⁵ las desigualdades son tan profundas que son desigualdades no sólo económicas o sociales sino también epistémicas y culturales. Por ello, la interculturalidad busca dar respuesta a dichas desigualdades profundas y múltiples pues de lo contrario, será imposible hablar de una realidad intercultural y de diálogos interculturales.⁴⁶

Precisamente por lo anterior, hay que indicar que usualmente aun cuando las culturas excluidas son consideradas, sólo son vistas como un proceso de evolución de la visión moderno-occidental del mundo. Es el mismo proyecto cultural que se flexibiliza para re-

⁴⁵ En este punto es relevante retomar la metáfora geográfica utilizada por Santos para indicar que a pesar de la clasificación entre Sur Global (los pueblos y realidades oprimidas y excluidas) y el Norte Global (los pueblos y realidades dominantes y opresoras) está no puede ser tajante. Por ello, puede existir “Sur” en el “Norte” y “Norte” en el “Sur”. Así, a pesar de que América Latina suela identificarse con el Sur Global ello no significa que en otras latitudes no existan personas excluidas e invisibilizadas ni que en el contexto Latinoamericano no existan reproducciones del “Norte Global”. Para profundizar en dicha distinción véase De Sousa Santos, Boaventura, *Para descolonizar el Occidente, op. cit.*

⁴⁶ En este punto vale precisar que existe un desarrollo importante acerca de la vinculación entre Interculturalidad y la decolonialidad. Dicha relación es de gran relevancia en tanto visibiliza de una forma más concreta las consecuencia de la desigualdad existente entre las culturas dominantes (colonizadoras) y las culturas dominadas (colonizadas), a través de la historia. Sin embargo en esta oportunidad no se ahondará en dicha relación, una fuente para abordar la misma se encuentra en Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, universidad andina de simón bolívar/Aby Yala, México, 2009.

conocer la diversidad cultural pero sólo para no perder vigencia y mantener su “perfección”.⁴⁷

En este punto es preciso indicar que existen al menos tres elementos fundamentales para la existencia de interculturalidad: 1. El desaprendizaje/reaprendizaje; 2. La necesidad de considerar y construir una igualdad sustancial; y 3. La identidad/diferencia cultural.

1. *El desaprendizaje/reaprendizaje.* La interculturalidad exige ante todo voluntad y acción de aprender. El proyecto intercultural puntualiza la urgencia de desaprender para volver a aprender.^{48 49}
2. *La necesidad de considerar y construir una igualdad sustancial.* El proyecto intercultural constituye una respuesta que busca construir una igualdad sustancial ante un contexto de desigualdades profundas entre distintas culturas; desigualdad que se genera desde múltiples escenarios.⁵⁰ Igualdad, aprendizaje y reaprendizaje serán palabras que siempre irán de la mano de la interculturalidad porque simplemente, no fuimos educados para la interculturalidad.
3. *La identidad/diferencia cultural.* Otro de los elementos que forman un papel muy importante en la interculturalidad

⁴⁷ Precisamente por esta razón se considera necesario ir más allá de las alternativas multiculturalistas que parecen asumir la existencia de una “metacultura” que “ha evolucionado” y ahora “tolera o acepta” a las distintas culturas que se desarrollan en ella.

⁴⁸ Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁹ Santos denomina pensamiento ortopédico como aquel que implica: “el constreñimiento y el empobrecimiento causado por la reducción de los problemas a marcos analíticos conceptuales que le son extraños.” Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Para descolonizar el Occidente*, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁰ Walsh, Catherine, *op. cit.*, p. 18.

es la identidad cultural.⁵¹ La identidad es importante porque dicha noción se complementa con una realidad intercultural, ya que en tanto existe identidad, existe diferencia y, si existe diferencia, es posible hablar de culturas distintas que pueden interactuar entre sí y establecer diálogos interculturales.⁵²

Bajo “el principio intercultural [se] busca establecer una manera de “relacionarse de manera positiva y creativa”; un enriquecimiento entre todos sin perder por ello la identidad cultural de los interlocutores. Esta relación positiva implica un elemento personal y otro social, los que se complementan y exigen mutuamente.”⁵³ Dicho proceso implica a nivel personal establecer relaciones entre iguales (igualdad entre los *dialogantes interculturales*) y, a nivel social, exige la transformación de las estructuras de la sociedad y las instituciones que las soportan, sin permitir la construcción de un proyecto intercultural.

Por ello, la construcción del proyecto intercultural no depende sólo de la colaboración de los pueblos indígenas, afros u otros pueblos y personas desfavorecidas y excluidas sino también, de todos los actores sociales que día con día construyen cultura y sociedad. Así, puede comprenderse por qué es necesario concebir a la interculturalidad como una “propuesta de sociedad, [...] que apunta a la construcción entre todos de una sociedad radicalmente distinta [a través de] iniciativas y acciones que no sólo desafían sino que construyen.”⁵⁴

No obstante, debe precisarse que la interculturalidad “no puede ser reducida a una simple mezcla, fusión o combinación híbrida de elementos, tradiciones, características o prácticas culturalmente

⁵¹ *Ibidem*, p. 45.

⁵² *Ídem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 48 y 54.

distintas”.⁵⁵ Por ello, para la construcción de una concepción intercultural de los derechos humanos, no bastará con su enunciación sino con el compromiso constante de tomar en cuenta a otras visiones de mundo -que no fueron consideradas, en el origen de los derechos humanos, como valiosas y relevantes- en la construcción de otras realidades.

Por último, es importante indicar cuál es el reto más grande que tiene frente a sí el proyecto intercultural. Este reto consiste en “no ocultar las desigualdades, contradicciones y conflictos de la sociedad [...], sino trabajar con e intervenir en ellos.”⁵⁶ Como se señaló en el comienzo de este apartado, el reto de la interculturalidad es no dejar de ser intercultural, no convertirse en un proyecto monocultural que pretenda ser construido sin reflexión alguna y sin vinculación constante con las realidades en las que se inscribe.

La interculturalidad deberá siempre estar abierta al diálogo que se dirija a lograr la igualdad de los *dialogantes culturales* en el que se respete siempre la identidad y la diferencia y se asuma la necesidad de dispensarnos, pensarnos y repensarnos para construir otros mundos posibles. Los derechos humanos entendidos bajo una concepción intercultural, serían un producto de los diálogos interculturales. Por ello, nunca deberán ser imposición sino siempre apertura a la construcción de una visión de los mismos que considere a las distintas visiones de mundo que cada cultura ha desarrollado y estimado como valiosas.

B) LOS DIÁLOGOS INTERCULTURALES

Sin interacción, la diversidad cultural se petrifica. Sin diálogo entre realidades y culturas distintas, el enriquecimiento cultural se empobrece. Sin interacción entre cosmovisiones diversas, la posibilidad

⁵⁵ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁶ *Ídem*.

de construir realidades distintas a la actual se hace más lejana. Por esas razones los diálogos interculturales son un elemento fundamental de la interculturalidad. El proyecto intercultural necesita de la interacción entre culturas para materializarse y en ese proceso, los diálogos interculturales constituyen una forma de vivir esa interacción.

El diálogo intercultural ha sido concebido por Raimon Panikkar fundamentalmente como:

[...] la apertura de mí mismo al otro, de manera que el otro pueda hablar y revelar mi mito, que yo mismo no puedo conocer porque para mí es transparente, patente. El diálogo es una forma de conocerme a mí mismo y de desenmarañar mi propio punto de vista de los otros puntos de vista y de mí, puesto que está asentado tan profundamente en mis propias raíces que para mí está completamente oculto [...]. El diálogo busca al otro, no como una ayuda extrínseca y accidental sino como el elemento indispensable y personal en nuestra búsqueda de la verdad, porque yo no soy un individuo manifiesto, autónomo [...]. El diálogo busca la verdad confiando en el otro, al igual que la dialéctica busca la verdad confiando en el orden de las cosas, el valor de la razón y los argumentos de peso.⁵⁷

Como puede advertirse el diálogo intercultural es altamente complejo por la materia del mismo; entre los *dialogantes culturales* que pueden interactuar entre sí desde distintos contextos culturales. Sobre ese entendido, el diálogo intercultural:

supone, como primer requisito, el establecimiento de una relación horizontal, abierta a la posibilidad de incorporar en nuestra perspectiva elementos de la perspectiva del otro “distinto cultural”. [E]s imposible entablar un diálogo intercultural cuando se parte del establecimiento de un solo tipo de contenidos, asumidos como universales y necesarios.⁵⁸

⁵⁷ UNESCO, *Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, París, UNESCO, 2010, p. 49.

⁵⁸ Vázquez Gutiérrez, Juan Pablo, “Multiculturalismo y diálogo intercultural” en *IBERO*, Revista de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 24, febrero-marzo de 2013, p. 5.

Por lo tanto, el diálogo intercultural demanda igualdad entre los *dialogantes interculturales*. Si un diálogo se entabla sin ser horizontal, será sumamente propenso a convertirse en un diálogo ficticio o ilusorio pues no constituirá un enriquecimiento cultural mutuo sino un mecanismo de imposición de una cultura sobre otra materializado a través de la interacción entre ellas.⁵⁹

El diálogo intercultural, al igual que la interculturalidad, tiene la intención de responder a la complejidad de la vida y las culturas; es un diálogo que no acepta la simplificación de las realidades en pro de la “coherencia” o de la “pureza” teórica o intelectual.⁶⁰ En otras palabras, el diálogo intercultural busca abarcar un amplio espectro.

Este diálogo pretende ser un “proceso vivo” por el cual se comunique mucho más que razones o racionalidades; pues las culturas, están compuestas de una multiplicidad de elementos que van más allá de la racionalidad. El diálogo intercultural pretende también la interacción de mitos propios de cada cultura, en suma, busca la interacción de aquello que durante mucho tiempo desde la racionalidad moderno-occidental dominante, se tildó de “no-dialogable”.

Asimismo, el diálogo intercultural, en palabras de Tubino Arias, se enfoca en lograr la “convivencia razonable” por lo que no necesariamente está enfocado hacia la configuración de un consenso inmutable, estático o inamovible sino que es un diálogo que se ubica más en el ámbito de la conversación, del intercambio como un ejer-

⁵⁹ Una postura arrebatada nos llevaría a concluir que en función de esta característica carece de sentido hablar si quiera de diálogos interculturales pues la Corte Interamericana e incluso cualquier autoridad estatal siempre estará por encima de algún dialogante cultural. Sin embargo, como se desarrollará un poco más adelante, a pesar de dicho obstáculo, pueden haber estrategias importantes de potencialización de la interculturalidad en el seno de la conducta de las autoridades estatales.

⁶⁰ Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 1.

cicio valioso en sí mismo cuya legitimidad no se sujeta al papel de dicho diálogo en un “proceso de deliberación”.

Sobre ese entendido, es necesario asumir un enfoque dialógico de las realidades culturales. Tal enfoque “consiste en un proceso existencial en el cual se produce un viaje a través de diferentes lógicas o discursos, a fin de atravesarlos e ir más allá de ellos (*dia*=a través; *logos*=discurso), a fin de alcanzar el marco que los subyace, su *mythos*, para hacerlo explícito, lo que permite un enriquecimiento y un intercambio mutuos.”⁶¹

En el presente texto, los diálogos interculturales son asumidos como diálogos que, para ser interculturales, deben considerar al menos dos enfoques: 1. La dimensión racional; y 2. La dimensión vivencial, del diálogo.

En sintonía con esa consideración, como indica Fidel Tubino Arias -parafraseando a Raimon Panikkar- debe realizarse una distinción “entre los dos niveles del diálogo intercultural: un primer nivel que él [Panikkar] denomina “dialogal” y que se mueve en un plano existencial, es decir, pre-teórico, y un segundo nivel, el del intercambio de racionalidades, que se mueve en un plano dialéctico, es decir, teórico.”⁶²

En un primer momento, la dimensión dialéctica del diálogo intercultural implica el intercambio entre dos o más *logoi* culturales, la interacción o disputa entre distintas “racionalidades” sobre un punto común de discusión sobre el que dos o más culturas pueden tener una concepción determinada. Es decir, el diálogo dialéctico “presupone la racionalidad de una lógica aceptada mutuamente como juez del diálogo, un juez que está por encima de las partes in-

⁶¹ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 264.

⁶² Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos*, op. cit., p. 5.

volucradas”. El diálogo dialéctico tiene una intencionalidad retórica, porque lo que busca es la persuasión racional del interlocutor.”⁶³

En ese sentido, el diálogo dialéctico se desarrolla en el espectro de lo racional. Es una dimensión del diálogo intercultural que es susceptible de tener cierta “lógica”, por ende, podrían establecerse ciertas reglas para que dicha “racionalidad” funja como juez sobre el proceso de diálogo. Sin embargo, debe precisarse que el establecimiento de dicha “racionalidad dialogante” no debe presuponerse ni prescindir de la horizontalidad.⁶⁴

Por otra parte, la segunda dimensión del diálogo intercultural es la dimensión vivencial o dialógica. En contraste con el diálogo dialéctico, “el diálogo dialogal (pre-teórico, pre-lingüístico) no busca convencer al otro, esto es, vencer dialécticamente al interlocutor”; por el contrario, lo que busca es el encuentro existencial entre un yo y un tú, y a través de ellos la puesta en contacto de diferentes horizontes de comprensión del mundo.”⁶⁵

Esta dimensión del diálogo intercultural, no consiste en una confrontación entre ideas sino más bien en un encuentro a nivel espiritual o vivencial entre dos o más seres que interactúan y que al momento de hacerlo, comparten y contrastan distintas formas de ver, escuchar, concebir y vivir el mundo;⁶⁶ el diálogo dialogal espera

⁶³ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁴ Pérez Ruíz, Maya Lorena y Argueta Villamar, Arturo, “Saberes indígenas y diálogo intercultural” en *Cultura científica y saberes locales*, año 5, núm., 10, p. 49.

⁶⁵ Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos, op. cit.*, p. 6.

⁶⁶ En este punto resulta ilustrativo el planteamiento de Eberhard sobre las ideas de Panikkar, este autor señala que el diálogo dialogal implica: “desde un punto de vista epistemológico, que debemos reconocer en el «Hombre» (en la Realidad) una dimensión que no puede agotarse solamente por las luces de la Razón, por el logos. Panikkar [...] llama a esta dimensión mito, «el horizonte invisible en el que proyectamos nuestras nociones de lo real», y señala que «la realidad humana es compleja porque es una: no se puede separar completamente el logos del mito. Cabe distinguirlos pero no separarlos, puesto que uno nutre al

que quienes dialogan sean conscientes de ser más que *res cogitans* (la sustancia pensante defendida por Descartes).⁶⁷ Esta dimensión del diálogo intercultural constituye una invitación a vivir el mundo como muchos mundos, es decir, vivir el mundo de forma plural.”⁶⁸

Lo anterior, al aplicarse al derecho, implica que los discursos culturales que se han construido sobre el mismo, sean reconfigurados en sus mitos subyacentes para hacerlos mutuamente inteligibles entre los *dialogantes interculturales*. Así:

[p]ara que haya un diálogo intercultural fértil sobre el derecho, no es suficiente tener conciencia de la originalidad de los procesos socio-jurídicos y las lógicas de diferentes culturas, sino que resulta primordial el reconocimiento de sus visiones, horizontes o universos jurídicos respectivos, así como de sus mitos subyacentes [...]. Y el nivel de estos mitos no se encuentra en el nivel de la dialéctica, de la razón, sino en el de la práctica, de la experiencia vivida.⁶⁹

Ello implica que para que se arribe a la construcción de diálogos interculturales sobre los derechos humanos, debe existir una resignificación o reconcepción sobre la idea del derecho pero también sobre la vivencia del derecho entre distintas culturas. En suma, se

otro, y toda la cultura humana es una textura de mitos y logos (...) son como dos urdimbres que se entretajan para producir la Realidad.” Véase Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 269.

⁶⁷ Descartes, Rene, *Meditaciones acerca de la filosofía primera, en las cuales se demuestra la existencia de Dios, así como la distinción real entre el alma y el cuerpo del hombre*, 1641, trad. José Antonio Mígues, edición electrónica de www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, disponible en <http://www.rosariosantodomingo.edu.co/contenido/tarea_2628.pdf> página consultada el 01 de junio de 2015. El término concreto de *res cogitans* es retomado en Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos, op. cit.*, p. 6.

⁶⁸ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos, op. cit.*, p. 268.

⁶⁹ Ídem.

exige un giro no sólo epistémico sino también vivencial para el nacimiento de los diálogos interculturales.⁷⁰

Si el diálogo se reduce sólo al intercambio entre distintas racionalidades, aportará a un proceso de conceptualización formal de aquello que se dialoga pero de ninguna forma permitirá un intercambio intercultural, pues éste exige que la relación entre *dialogantes culturales* también sea origen y encuentro de afectos y sensibilidades.

C) DIÁLOGOS INTERCULTURALES Y HERMENÉUTICA DIATÓPICA

Ahora bien, el proceso del diálogo intercultural requiere de la existencia de una hermenéutica diatópica; en términos de Santos dicha hermenéutica es aquella que:

está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, sin importar qué tan fuertes puedan ser, son tan incompletos como la cultura misma. Dicha incompletud no es apreciable desde la cultura, dado que la aspiración a la incompletud induce a tomar *pars pro toto*. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es, en consecuencia, alcanzar la completud—siendo éste un objetivo inalcanzable—sino, por el contrario, elevar la conciencia de la incompletud a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera con un pie en una cultura y el otro en la restante. Aquí yace su carácter diatópico.⁷¹

Bajo ese supuesto, los diálogos interculturales requieren de la adopción de un enfoque pluralista o hermenéutico diatópico de la realidad en el que se asuma la existencia de muchas realidades culturales distintas con concepciones de mundo diversas. El carácter diatópico

⁷⁰ Incluso, la implementación de diálogos interculturales como generadores de cultura y sociedad, podrían significar un nuevo modelo de creación del Derecho como un producto de las interacciones culturales que se presentan en un contexto determinado.

⁷¹ De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho*, número 28, julio de 2002, ILSA, Bogotá D.C., p. 70.

de la hermenéutica implica considerar la existencia de distintos *topoi* culturales que pueden interactuar entre sí. “[L]as interpretaciones son diatópicas porque son procesos que nunca terminan, que establecen vínculos entre lo aparentemente inconmensurable. [S]iempre que intentamos dejar nuestro lugar cultural para trasladarnos al lugar del otro para ver el mundo desde su mirada —y no ya desde la nuestra— nos quedamos con un pie en nuestro *topos* y un pie en el otro *topos*”.⁷²

De esa forma, la vinculación entre diálogos interculturales y hermenéutica diatópica responde a la necesidad de comprender que en el proceso de diálogo las personas que interactúan al momento de hacerlo, no abandonan su contexto cultural particular, no se desprenden de su identidad cultural sino que comparten su visión de mundo con otra persona que puede concebirlo de forma distinta. La hermenéutica diatópica es un recordatorio permanente de la incompletud de nuestras concepciones que no debe olvidarse al entablar un diálogo intercultural.⁷³

Uno de los objetivos perseguidos por los diálogos interculturales es orientarse hacia vías para vincular en armonía nuestras diferentes experiencias, y con ello, promover una reproducción social pacífica y justa. Dicha tentativa abre y conduce hacia una transformación

⁷² Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 4.

⁷³ Otros aspectos vinculados con los diálogos interculturales que no se desarrollarán son las “actitudes” ante los diálogos interculturales (el exclusivismo, el inclusivismo y el paralelismo (o sano pluralismo en términos de Eberhard)) y las “competencias interculturales” importantes ante los encuentros interculturales (la escucha, el diálogo y el asombro). Para profundizar en dichos aspectos véase. Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 262 y ss; y UNESCO, *Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural*, *Op Cit.*, p. 48.

de nosotros mismos a través de los otros, revelando nuestros mitos y haciéndonos parte de otros nuevos.⁷⁴

Asimismo, los diálogos interculturales están encaminados a generar la apertura a la interculturalidad pues parten de la base de que cada interlocutor es un mundo, por lo que el diálogo requiere la apertura al otro pero también el reconocimiento de los límites propios. “Comprende en sí conocer al otro como Alter, como sí mismo, como mi complemento, a través del amor. Pero el encuentro con el otro nos hace revelar también nuestro propio *mythos*, *l’altera pars* de nosotros mismos.”⁷⁵

Los diálogos interculturales tienen un objetivo de re-conocimiento, re-vivencia y re-pensamiento de cada cultura y de sus productos o creaciones. Los diálogos deben constituir una canal de construcción de nuevas realidades; construir un entorno en el que visiones de mundo distintas a la propia, dejen de cancelarse o excluirse sin una consideración previa y profunda.⁷⁶

En suma, los diálogos interculturales deben ser un canal que permita reiterar y fortalecer el hecho de que ninguna persona o cultura es un o una mónada autosuficiente sino que al contrario, toda persona y cultura necesitan del otro porque, no somos sin el otro. *Esse est co-esse* (existir, es coexistir).⁷⁷ Como arroyos de materialización de la interculturalidad, los diálogos interculturales, buscan permitir

⁷⁴ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos*, op. cit., p. 270.

⁷⁵ Ávila Hernández, Flor María y Martínez de Correa, Luz María, “Reconocimiento e Identidad. Diálogo Intercultural” en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, op. cit., p. 57.

⁷⁶ UNESCO, Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural, op. cit., p. 58.

⁷⁷ Ávila Hernández, Flor María y Martínez de Correa, Luz María, “Reconocimiento e Identidad. Diálogo Intercultural” en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 14, núm. 45, abril-junio 2009, pp. 45 a 64, p. 57.

el enriquecimiento constante de la palabra que debería hermanar a todas las culturas: humanidad.⁷⁸

D) INTERCULTURALIDAD Y DERECHOS HUMANOS: ¿UNA UNIÓN POSIBLE?

Los contornos de la interculturalidad señalados en párrafos anteriores así como la consideración sobre los derechos humanos adelantada en un primer momento, son la base sobre la que se construye el presente apartado que pretende establecer un puente entre el proyecto intercultural y los derechos humanos.

En este trabajo se comparte la preocupación de Boaventura de Sousa Santos acerca la necesidad generar una concepción intercultural de los derechos humanos para contribuir a fortalecer el potencial:

emancipatorio que tiene la política de los derechos humanos en el actual contexto de globalización y fragmentación de culturas e identidades [pues], los derechos humanos pueden [ser] (y han sido) utilizados para avanzar tanto formas hegemónicas como contra-hegemónicas de globalización,⁷⁹ es imperativo especificar las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ser usados como un instrumento contra-hegemónico, es decir, uno que avanza la agenda del cosmopolitismo subalterno. [E]sto

⁷⁸ Cfr. Cristofaro Longo, Giaioia, “Dalla Dichiarazione alla Cultura dei Diritti Umani. Per un’antropologia della pace”, Saggio preparato per il workshop : *Istituzioni, sviluppo e benessere: il dibattito in una prospettiva storica nell’ambito del IV Convegno Nazionale STOREP* (Associazione italiana per la storia dell’economia politica) sul tema: Le Istituzioni economiche: idee, fatti e teorie, Pollenzo (CN), 1- 3 Giugno 2007, pp. 8 y 9.

⁷⁹ Para Boaventura la globalización es: “un proceso por el cual una entidad o condición local tiene éxito en extender su alcance sobre el globo y, al lograrlo, desarrolla la capacidad para designar una entidad o condición social rival como local.” Véase De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho*, *op. cit.*, p. 62.

implica el reconocimiento de la naturaleza incompleta de cada cultura y la necesidad de entrar en diálogos entre culturas, [...].⁸⁰

Por ello, los derechos humanos pueden ser un discurso entendido y defendido desde esa concepción dominante, o por el contrario, asumirse como un producto cultural que a pesar de sus orígenes, puede enriquecerse a través de la interacción entre culturas.

La concepción intercultural de los derechos humanos requiere primero, de un acto de aceptación. La aceptación consiste en adquirir consciencia de que los derechos humanos y de la “concepción ilustrada de la ciudadanía –tanto en su versión liberal como en su versión republicana– [corresponden] a un topos histórico-cultural determinado. La concepción moderna de la ciudadanía no es *a priori* universal.”⁸¹ Esto es importante en tanto la ciudadanía suele asumirse en muchas ocasiones como fuente de derechos.

En otros términos, la concepción intercultural sobre los derechos humanos conlleva:

reconocer el carácter no relativo, sino falible e incompleto, de la concepción occidental-moderna de los derechos. Esto no significa, sin embargo, rebajar el status epistemológico de la interpretación ilustrada desde un relativismo cultural inconsistente, sino darle su justo valor. Después de todo, hablar de los derechos humanos es hablar de ética y de política, es decir, de filosofía práctica. Y la filosofía práctica no es ciencia, *episteme*, no es el ámbito de las verdades necesarias, sino el ámbito de las propuestas razonables.⁸²

Narrado de otra forma, la concepción intercultural de los derechos humanos requiere aceptar que estos derechos “no forman parte de las culturas locales originariamente no occidentales ni del sentido común de

⁸⁰ De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho, op. cit.*, p. 59.

⁸¹ Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos, op. cit.*, p. 1.

⁸² Ídem. Énfasis añadido.

la gente en sociedades como la nuestra.”⁸³ Por ello, aun si se reconoce que los derechos humanos fueron y han sido el manto sobre el cual se protegen todas aquellas preocupaciones y valores considerados fundamentales para la cultura moderna-occidental, no son la única forma de explicar la importancia y necesidad de protección que deben existir para resguardar valores que resulten fundamentales para un contexto cultural distinto al moderno-occidental.

En el presente trabajo la crítica a la universalidad que resulta más relevante es la que se enfoca a la pretendida “universalidad abstracta” de la concepción dominante de los derechos humanos pues se asume que existe más de un horizonte para concebir la “buena vida” o aquello que resulta “fundamental” y “valioso”.⁸⁴

Contrario a lo que pudiera pensarse, el proyecto intercultural y una concepción intercultural sobre los derechos humanos no significan la aceptación de un relativismo cultural absoluto e inconsciente. Asumir una postura relativista conlleva absolutizar las diferencias y olvidar por completo nuestra naturaleza y condición humanas comunes. Esta posición que se encuentra tan profundamente atrapada en “nuestras diferencias”, que sólo permite ver las diferencias, y olvida por completo que son “nuestras”.⁸⁵

Para la construcción de una concepción intercultural de los derechos humanos, se considera fundamental la existencia y el establecimiento de diálogos interculturales. Sobre esa base, tanto la posición universalista como la posición relativista se configuran como obstáculos para que se den los diálogos interculturales sobre los derechos humanos (y sobre cualquier otro tópico).⁸⁶

⁸³ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁴ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁸⁶ *Ídem*.

De esa forma, la concepción universalista de los derechos humanos, por más incluyente que pretenda ser terminará por ser un localismo occidental globalizado⁸⁷ –en términos de Santos-, es decir, un monólogo “abierto” más que un diálogo intercultural. Por otra parte, el relativismo inconsciente impide el diálogo en tanto el “otro” resulta tan ajeno a nuestro contexto que el diálogo resulta inconcebible y, por ende, el enriquecimiento mutuo se considera *per se*, inalcanzable. Así, ambos extremos del universalismo y del relativismo, constituyen universos opuestos, pero inseparables que atrapan en una alternativa que no permite abordar la cuestión de lo “humano” ni de los “derechos humanos” de modo satisfactorio.⁸⁸

La interculturalidad se relaciona con los derechos humanos para visibilizar su particularidad y negar su universalidad abstracta. Por ello, la interculturalidad en dichos derechos se vincula con la hermenéutica diatópica pues ellos, son producto de un *topos* concreto.⁸⁹ Es decir, los derechos humanos concebidos interculturalmente, deben utilizar a los diálogos interculturales para identificar equivalentes homeomórficos en términos de Panikkar o preocupaciones isomórficas, en términos de Santos,⁹⁰ sobre las “voces”, o “discursos” y vivencias que se han utilizado o existen en otros contextos culturales para resguardar los valores que una determinada cultura considera como fundamentales.

La concepción intercultural de los derechos humanos conlleva tomar muy en serio la diversidad y la diferencia y, en consecuencia,

⁸⁷ Para Boaventura un localismo globalizado es un proceso por el cual un localismo (derechos humanos) es exitosamente utilizado o retomado a nivel global. Véase De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho, op. cit.*, p. 64.

⁸⁸ Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 259 y 260.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 268.

⁹⁰ De Sousa Santos, Boaventura, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho, op. cit.*, p. 68.

la necesidad de considerar que otras visiones de mundo distintas a la nuestra también deberían ser contempladas en la construcción y materialización de los derechos humanos. No se trata de “asimilar” al “otro” a nuestra realidad y contexto o a nuestro discurso de derechos humanos, sino de considerarle desde el primer momento en el que el discurso y la vivencia de los derechos se presentan. Esto significa que la interculturalidad exige de los derechos humanos la re-consideración de los fundamentos de los derechos, exige regresar al origen para escuchar las voces y vidas que fueron totalmente excluidas en su concepción inicial.⁹¹

Sólo al lograrse lo anterior, puede perfilarse un diálogo intercultural que, a través de la interacción de los *logos* y los *mythos* de las distintas culturas acerca de los derechos humanos o sus equivalentes homeomórficos, busque construir una concepción intercultural de los derechos humanos. Dicha concepción buscará responder no sólo al contexto cultural moderno-occidental, sino a todas las demás realidades culturales que no fueron contempladas, escuchadas o vividas en su construcción. Un diálogo intercultural donde la cultura moderno-occidental abandone su papel de la “madre de todas las culturas” y se asuma como una cultura más que, sobre una relación horizontal, contribuya a la configuración de “una constelación de significados locales mutuamente inteligibles.”⁹²

⁹¹ Para lograr esto, Boaventura De Sousa considera necesaria la adopción de al menos, las cinco premisas siguientes: 1. Debe trascenderse el debate entre universalismo y relativismo cultural; 2. Todas las culturas tienen concepciones de dignidad humana pero no todas ellas la consideran como un derecho humano; 3. La incompletud deriva del hecho mismo de la existencia de una pluralidad de culturas; 4. Todas las culturas tienen visiones diferentes de la dignidad humana; y 5. Todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica.

⁹² *Ibidem*, p. 70.

III. SUCINTA REFLEXIÓN SOBRE LA INTERCULTURALIDAD PRESENTE O AUSENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES

En el presente apartado se señalarán algunos puntos que –desde la interculturalidad– permiten observar el tratamiento dado por la Corte Interamericana a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales a través de cuatro casos que integran su jurisprudencia en la materia.⁹³

Si se tiene presente que según lo dispuesto por el Estatuto de la Corte IDH,⁹⁴ ésta tiene como función la aplicación e interpretación de la Convención Americana, puede comprenderse que la conducta de dicho tribunal está delimitada por el contenido convencional y,

⁹³ Las sentencias del tribunal interamericano sobre las cuales se realizó el análisis que sustenta la construcción de este apartado son las siguientes: *Caso Aloe-boetoe vs. Surinam*, Fondo, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, serie C, no. 11; *Caso Alobotoe y otros Vs. Surinam*, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172; y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245. Estos casos fueron elegidos en gran medida porque se consideró que permiten advertir al menos dos cuestiones: 1. La evolución del comportamiento de la Corte IDH frente a víctimas indígenas o tribales; 2. Contienen elementos comunes y torales sobre la jurisprudencia del tribunal en materia de pueblos y comunidades indígenas y tribales. No se ignora que después del año 2012 han existido al menos, cinco sentencias nuevas sobre pueblos y comunidades indígenas y/o tribales que no fueron analizadas a profundidad para este trabajo. No obstante, se considera que la naturaleza del enfoque planteado en este artículo resulta aplicable -en mayor o menor medida- también a esa nueva producción jurisprudencial.

⁹⁴ OEA, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, artículo 1.

en consecuencia, que la Corte Interamericana al ejercer su jurisdicción debe aplicar e interpretar un contenido normativo que retoma una concepción convencional o dominante de los derechos humanos y no una concepción intercultural de los mismos.

En ese entendido, -aún cuando deseara lo contrario- la curia interamericana debe limitar su función a la aplicación e interpretación de la Convención Americana pues de no hacerlo, iría más allá de su mandato ya que el interprete judicial de la norma no puede asumir el papel de legislador⁹⁵ que -conforme al derecho internacional de los derechos humanos- corresponde a los Estados.

No obstante, a pesar de dicha cadena o limitación para la construcción de interculturalidad derivada de las facultades que otorga la Convención Americana a la Corte, después del análisis de los casos resueltos por ésta en materia de pueblos y comunidades indígenas y tribales revisados, se han logrado advertir ciertos avances⁹⁶ que podrían ser pequeños espacios de interculturalidad en medio de su producción jurisprudencial.⁹⁷

⁹⁵ Cfr. Nguyen, Kuoc-Dinh, et. al. *Droit International Public*, 6ed., París, LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE, 1999, 250 y 251. Citado en Estrada Adán, Guillermo Enrique, *Interpretación judicial internacional. Análisis del papel del juez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis Doctoral, México, UNAM, 2013, p. 161.

⁹⁶ Sin duda, la jurisprudencia interamericana ha evolucionado de manera destacada en materia de derechos de pueblos y comunidades indígenas y tribales y para ello incluso, ha flexibilizado ampliamente el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos esfuerzos han significado en ocasiones verdaderas lumbreras de interculturalidad -considerar a los pueblos como titulares de derechos en su conjunto- y en otras, destellos interculturales que para ser realmente constitutivas de una concepción intercultural de derechos humanos, deberían ser aún más profundos y sostenidos.

⁹⁷ Se reconoce que la Corte Interamericana -a pesar de sus limitaciones- ha logrado un avance muy significativo sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales que en ocasiones, pudo haber sido el único espacio sensible que desde el mundo moderno occidental existió hacia ellos. Sin embargo, como se indicó en otros apartados de este artículo, lo que aquí se busca es indicar cuestiones que, a pesar de los avances, no se han superado y sería deseable que se

Sin embargo, dada la limitación espacial de este texto, a continuación sólo se presentarán diversos hallazgos que se consideran manifestaciones del déficit de interculturalidad que existe en la jurisprudencia del tribunal interamericano y de diversos obstáculos para la existencia y florecimiento de los diálogos interculturales en dicha sede jurisdiccional.

1. DÉFICIT DE INTERCULTURALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

En este apartado se presentan algunos de los hallazgos que resultan criticables en la jurisprudencia de la Corte IDH analizada al observarla primero, desde el proyecto intercultural y posteriormente, desde los postulados básicos de los diálogos interculturales.

A) LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA ANALIZADA OBSERVADA DESDE LA INTERCULTURALIDAD.

Desde el proyecto intercultural, debe aceptarse que los *dialogantes culturales* pueden tener escalas de valores diametralmente distintas el uno del otro lo que sólo puede lograrse si existe la refundación de muchas concepciones, instituciones e ideas. En otras palabras, la interculturalidad se plantea como una alternativa a un proceso de profunda invisibilización y exclusión de culturas y concepciones del mundo; dirigida a contrarrestar la desigualdad epistémica y cultural.

Si existe apertura al desaprendizaje y reaprendizaje, se impactará en la concepción de los derechos humanos pues éstos, son un producto cultural que se vio codificado en los tratados internacionales en la materia –entre ellos la Convención Americana. Sobre

superaran si se busca la construcción de una igualdad y respeto profundos entre distintas culturas.

esa base, si la Corte IDH parte y defiende una concepción “omni-comprehensiva” de los derechos humanos, jamás se podrá construir un proyecto de amplias dimensiones interculturales.

Desde esa perspectiva, cuando se considera el grado de interculturalidad en las sentencias de la Corte IDH, debe cuestionarse en qué medida ésta, ha tenido presente que la concepción de los derechos humanos puede variar en función del contexto cultural desde el que se les viva y construya. Si esa reflexión está ausente, no podrá hablarse de interculturalidad. Asimismo, debe considerarse que la interculturalidad o el respeto profundo a la diversidad cultural, va más allá de su mera enunciación, pues demanda una construcción constante de realidades más incluyentes que exigen modificaciones concretas pero, sobre todo, refundaciones de alcances profundos y estructurales de los derechos humanos.

La Corte IDH parece haber considerado –quizá porque su mandato no le permite otra cosa- que el diseño de la Convención Americana no necesita ser modificado para otorgar protección a cualquier realidad que se le presente para ser juzgada, aunque sea muy distinta a la que fue considerada en el momento de creación de la CADH. Así, parece ser suficiente actualizar el contenido convencional -vía interpretación- para asegurar la protección adecuada de los derechos humanos.

Ello tiene un gran inconveniente desde la perspectiva intercultural pues aquel Derecho y los derechos humanos que tratan de hacerse efectivos, no contemplaron en su diseño una amplia diversidad de voces-realidades. En otras palabras, excluyeron de forma evidente a realidades culturales particulares –en concreto a pueblos y comunidades indígenas y tribales. Por ello, es comprensible que los valores que buscaban protegerse a favor de todas las personas en el continente americano, a través de la Convención, no hayan contemplado valores -ni escalas de valores- que podrían ser fundamentales para realidades como las de numerosos pueblos y comunidades

Otra de las cuestiones que –dada su recurrencia- es (desde la perspectiva de quien redacta estas líneas) una nítida manifestación general del déficit de interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH analizada, es su utilización del derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de la Convención como el eje rector de su argumentación cuando busca proteger los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales que acuden ante ella.⁹⁸

Esto porque, dentro de la categoría de propiedad, la Corte IDH subsume la protección de la especial y profunda relación de dichos pueblos y comunidades con la tierra. En otras palabras, la estrecha relación de estos grupos humanos con su territorio es concebida como una cuestión de propiedad. Ello, podría resultar incluso violento con las concepciones culturales de múltiples pueblos y comunidades indígenas y tribales que –en efecto- consideran fundamental el territorio en el que existen pero no como propiedad sino como madre o entidad sagrada. Así, la violencia estriba en indicarles que su “dadora de vida” o “matriz de su existencia” es susceptible de transacciones comerciales, de compras y ventas o de concesiones, que puede apropiarse lo que para ellos es inapropiable.

Lo anterior, redundante en que la protección de la realidad de los pueblos y comunidades indígenas y tribales representa un sacrificio muy alto pues implica que dichos pueblos conciben como necesario algo que desde sus realidades culturales sería inconcebible.⁹⁹

⁹⁸ Esto implica que, a pesar de la amplitud que podría alcanzar el tribunal interamericano vía interpretación, comienza su argumentación dentro de una “camisa de fuerza” que podría evitar al utilizar otros artículos convencionales para abordar los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

⁹⁹ En este espacio no puede dejarse de señalar que las realidades indígenas son sumamente complejas y diversas y que en consecuencia en ocasiones es muy cuestionable hablar de la “realidad indígena o tribal” o de la “concepción indígena o tribal” pues hacer esa simplificación implicaría ir en contra de lo que este trabajo pretende que es construir interculturalidad y diálogos interculturales. No obstante, según los testimonios presentes en los casos analizados puede advertirse

En ese tenor, la curia interamericana ha disminuido gravemente la potencialidad intercultural de sus fallos sobre pueblos y comunidades indígenas y tribales pues su protección, comienza con la violencia cultural de utilizar –sin cuestionárselo– la categoría de propiedad –y no otras-¹⁰⁰ que, por las razones antes referidas, hace diversas concepciones culturales de estos pueblos y comunidades.

Otro aspecto cuestionable desde la interculturalidad es que la Corte ha homologado cuestiones que no necesariamente serían equivalentes si considerara, de forma profunda, una concepción intercultural de los derechos humanos. Un ejemplo concreto de lo anterior es la postura adoptada por la CoIDH sobre las reparaciones en el caso de la Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay. En él, el tribunal interamericano indicó que el Estado debería buscar la devolución de las tierras tradicionales de la comunidad. Sin embargo, si ello no fuera ejecutable por la afectación que significaría al derecho a la propiedad de otra persona, entonces, debería proporcionarle a la comunidad tierras alternativas.¹⁰¹

que la dimensión que dichos pueblos confieren a la tierra es bastante lejana a la concebida usualmente desde la modernidad occidental. También vale indicar que la consideración más profunda de la diversidad cultural que representan los pueblos y comunidades indígenas y tribales, podría ser materia de futuros estudios y análisis sin embargo los mismos, van más allá de las pretensiones y posibilidades de este trabajo.

¹⁰⁰ Si bien resulta necesaria una reflexión más profunda al respecto, se considera que una alternativa –de las disponibles en el marco convencional– menos violenta epistémica y culturalmente hablando podría ser la utilización de la categoría de identidad e integridad cultural para proteger los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y tribales pues de esa forma, se partiría en primer lugar de considerar aquello que identifica a dichos pueblos y en segundo lugar las cuestiones que deberían protegerse y resguardarse en función de dicha identidad.

¹⁰¹ En otras palabras, dicho tribunal regional planteó al Estado de Paraguay la necesidad de realizar una ponderación en caso que considerara imposible evitar la limitación del derecho a la “propiedad” de la comunidad indígena Xákmok Kásek. Desde lo sostenido en este escrito, lo anterior resulta inadecuado pues concebir el potencial conflicto como “colisión entre dos derechos a la propiedad” manifiesta significativa insensibilidad ante la diversidad cultural.

B) LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA ANALIZADA OBSERVADA DESDE LOS DIÁLOGOS INTERCULTURALES

Ahora bien -como se realizó previamente con la interculturalidad- se posicionarán las críticas a las sentencias analizadas de la Corte IDH desde los elementos básicos de los diálogos interculturales presentados al respecto en el apartado respectivo de este escrito.

Un elemento que merece especial mención -por la radicalidad que significa- es la horizontalidad necesaria para la existencia de los diálogos interculturales. En otras palabras, debe recordarse que éstos, exigen una igualdad profunda entre *dialogantes interculturales* por lo que no puede existir una relación de supra-subordinación entre éstos, una relación vertical entre quienes dialogan.

La horizontalidad perfilada y la igualdad que requiere, significa un cortocircuito de dimensiones importantes en la estructura usual desde la que se ejerce la función judicial y en la forma en la que se concibe comúnmente la función de los tribunales incluida la Corte Interamericana. En concreto, porque la función del juez -para lograr su imparcialidad y objetividad- se concibe como un *tertium super partes*¹⁰² es decir, un árbitro en una determinada controversia que está “por encima” de las partes implicadas.

Sobre esa base, se advierte un contraste prácticamente insalvable entre dos planos, uno vertical (de la impartición de justicia tradicional) y otro horizontal (el de los diálogos interculturales) lo que arroja una asimetría radical entre estas dos estructuras. En consecuencia, la Corte IDH como un tribunal con una dinámica “tradicional” de impartición de justicia, se encuentra en un predicamento para generar diálogos interculturales pues para existir, requieren horizontalidad entre los dialogantes.

¹⁰² Fernández Santillán, José, comp., Norberto Bobbio, *El filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 339.

No obstante, a pesar de que lo anterior resulta insuperable, se considera que esto atiende a considerar a la Corte como *dialogante intercultural*. Sin embargo, quizá una ruta de salida –pragmática más no quizá la más intercultural- sea considerar a ésta no como dialogante sino como gestora o promotora de los diálogos interculturales en los que los dialogantes serían por una parte, los pueblos y comunidades indígenas y tribales y por la otra, el Estado a través de sus representantes.

Esta posible alternativa, podría resultar viable si como se ha mencionado: el diálogo intercultural tiene doble dimensión: una dialógica (racional) y dialéctica (vivencial). La primera abarca el ámbito de las razones. En consecuencia, implica el intercambio entre racionalidades diversas donde podría existir una lógica aceptada mutuamente por los dialogantes como juez en el diálogo. Aunque debe precisarse que dicha lógica, no puede presuponerse sino que también debe acordarse y construirse para ser intercultural lo que, de nuevo, podría ser imposible si se concibe al tribunal interamericano como el intérprete último de la Convención Americana.

Dentro de esta alternativa para buscar contrarrestar el déficit intercultural en la jurisprudencia de la Corte IDH, pueden advertirse algunos valiosos ejemplos como aquel que existió en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku en donde la curia interamericana señaló que en el proceso de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas y tribales, no debe estar presente la imposición (englobada en la exigencia de consulta/consentimiento) ni el engaño (que podría vincularse con lo dicho por la Corte sobre el elemento de buena fe); es decir, en cierta medida el tribunal regional exigió el cumplimiento por parte del Estado implicado, de elementos esenciales para la existencia de diálogos interculturales.

No puede obviarse que el diálogo intercultural no puede existir si sus dos dimensiones no coexisten. Por ende, a pesar de los avances, no han existido diálogos interculturales. Pues aún falta realizar un giro epistémico –quizá hasta vivencial- que conciba como posible

el encuentro e intercambio más allá de la razón. En este punto es más difícil encontrar avances logrados desde la jurisprudencia interamericana analizada pues no se contempla en ella, el intercambio vivencial entre quienes dialogan.

Es útil y deseable buscar la conexión entre *dialogantes culturales* con una matriz cultural mutuamente comprensible sin embargo, esto es potencialmente opresivo cuando se considera una única realidad como “estándar”. Esto puede suceder con los derechos humanos y, si la Corte IDH no comprende esta diversidad, generará un ejercicio de opresión cultural y epistémica.

Para tratar de solucionar la precariedad intercultural en las sentencias del tribunal interamericano se considera necesaria la adopción de una hermenéutica diatópica, pues, al parecer, la Corte Interamericana no otorga consecuencias al hecho de que quienes la integran, parten de un *topos* cultural determinado y en función de ello, su juicio está influido por una concepción determinada de la realidad. La Corte debería partir de que su *topos* cultural es incompleto y por ende, debe abrirse a las distintas realidades culturales a las que accede, con mucho más hondura. Debería asumirse la hermenéutica diatópica como recordatorio permanente de nuestra incompletud cultural.

En sintonía con lo anterior, desde los aportes que se desprenden desde el enfoque de los diálogos interculturales, la Corte Interamericana está llamada a reinterpretar el mundo, o al menos el derecho interamericano en función de su interacción con el “otro”. Así, la Corte IDH promoverá que los derechos humanos no sean universalismos abstractos ni subvaloraciones de ciertas particularidades culturales.

Dicho de otra forma, los elementos antes aportados invitan a concebir a la Corte Interamericana -por ella y por los demás actores implicados en el SIDH- como un espacio de encuentro intercultural y no como hasta el momento parece haberse hecho, como un espa-

cio de juicio y encuentro de “partes” con una no acordada, y quizá ilusoria, “concepción común”.

No obstante, cabe aclarar que no se busca de ninguna forma fomentar o promover una Corte estática por no poder construir interculturalidad sino más bien, se le invita a ser un agente que potencialice ese proyecto intercultural que sólo podrá lograrse en movimiento.

IV. A MANERA DE (IN)CONCLUSIÓN: ALGUNOS POSIBLES PUNTOS DE PARTIDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INTERCULTURALIDAD

Por último –más que conclusiones- se proporcionan una serie de recomendaciones a la labor jurisprudencial de la Corte IDH que podrían considerarse como puntos de partida en la construcción de un proyecto intercultural y de fomento de diálogos interculturales que pueden impulsarse desde su sede.

En concreto, sobre los derechos humanos desde una perspectiva intercultural y potenciadora de los diálogos interculturales, con base en el análisis de los casos abordados en materia de pueblos y comunidades indígenas y tribales, sería favorable que la Corte considerara lo siguiente:

- a. Es necesario generar y mantener una concepción intercultural de los derechos humanos.
- b. Debe reconocerse que dichos derechos no son la única forma para proteger valores fundamentales de una cultura.
- c. Los derechos humanos, no son -en los hechos- universales. Debe considerarse que la búsqueda de mayor interculturalidad como una oportunidad para lograr que dichos derechos se apeguen mucho más a distintas realidades como fuente, y no a una sola.
- d. Desde el proyecto intercultural, con el objetivo de fomentar los diálogos interculturales, debería rechazarse tanto la

adopción de una postura absolutista de las diferencias así como el relativismo extremo.

- e. Los diálogos interculturales son necesarios para lograr una concepción intercultural de los derechos humanos. Tanto universalismo con relativismo insensible son obstáculos para la construcción de dicha concepción.
- f. La Corte debería buscar fomentar la identificación de equivalentes homeomórficos y preocupaciones isomórficas, a través de su producción jurisprudencial –en principio- relativa a pueblos pueblos y comunidades indígenas y tribales.
- g. La interculturalidad exige un compromiso profundo y de dimensiones colosales pues busca crear nuevos mundos que hasta el momento fueron olvidados o intencionalmente invisibilizados; en ese marco se ubica la necesidad de reconsideración del fundamento de los derechos humanos para escuchar a las voces y considerar las existencias que fueron excluidas en su diseño.
- h. Debe recordarse que la apuesta –porque no puede ser otra cosa- por la concepción intercultural por los derechos humanos va contra el desperdicio de la experiencia a través de la interacción de *logos* y *mythos* de múltiples y diversas realidades donde ninguna realidad sea menospreciada sólo por no haber sido la victoriosa en una batalla cultural y epistémica.
- i. El presente trabajo permite sostener que la Corte Interamericana puede -e incluso debe- ser pionera en demostrar la necesidad de que la cultura occidental deje de asumirse como la madre de todas las culturas; como la metacultura que pretendidamente explica y da sentido a todas las demás.

Adicionalmente, se considera que resulta necesario que la Corte Interamericana realice las siguientes acciones para generar y fomentar mayor interculturalidad y diálogos interculturales en el marco de sus casos sobre pueblos y comunidades indígenas y tribales:

1. Articular las diferencias de las personas protagonistas de la controversia –en este caso relativas a casos de pueblos y comunidades indígenas y tribales- que debe resolver a través del intercambio y conocimiento propio a través del otro.
2. Generar apertura a la interculturalidad dirigida a una espectro que contemple cosmovisiones diversas y que busque abarcar tanto la dimensión dialógica como dialéctica del diálogo intercultural.
3. Formentar y generar activamente el re-conocimiento, re-vivencia, re-pensamiento de cada cultura y sus productos y creaciones al momento de abordar los casos de pueblos y comunidades indígenas y tribales bajo su estudio.
4. Se debe construir –a través de su producción jurisprudencial en principio, relacionada con dichos pueblos y comunidades- un canal a nuevas realidades culturales que mucho tiempo han sido invisibilizadas o excuidadas como fuentes válidas de lo existente.
5. Construir con sus decisiones relativas a pueblos y comunidades indígenas y tribales, un mundo donde visiones ajenas a la propia –incluso sobre los derechos humanos- dejen de cancelarse o excluirse sin consideración previa y profunda.
6. Así la Corte al acercarse a la interculturalidad podría considerar que:
 - a. Todas las culturas están y han estado siempre en constante evolución; asimismo, los derechos humanos que son un producto de ellas;
 - b. Las identidades, más que barreras, pueden ser el espacio para iniciar el diálogo y construir interculturalidad.

7. La Corte, al resolver –en concreto sobre casos vinculados con pueblos y comunidades indígenas y tribales- está en riesgo constante de caer en ejercicios de imposición cultural si no fomenta la interculturalidad conforme a las pautas anteriores u otras que se enfoquen a ese fin.

En suma, como se refirió previamente, sin duda los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH en materia de pueblos y comunidades indígenas y tribales han evolucionado significativamente e incluso son potencialmente generadores de interculturalidad. No obstante, las deudas del tribunal interamericano en materia de interculturalidad y diálogos interculturales son numerosas y diversas. Una concepción intercultural de los derechos humanos demanda cambios profundos que usualmente no se han exigido a estos tribunales y tampoco fueron considerados en el diseño de las normas que éstos están obligados a interpretar y aplicar.

En consecuencia, el horizonte que se vislumbra después de redactadas las líneas de este escrito es que la cuestión nodal, está en la necesidad de –primero- dispensar para –luego- repensar el fundamento de los derechos humanos a través de un enfoque intercultural que sólo podrá lograrse a través del canal de los diálogos interculturales; en los que tanto nuestras razones, como nuestras vivencias, nos alentarán a conocernos y vivirnos a través del otro. Eso será motivo de ideas y vivencias posteriores. Al final, existir, es coexistir.

FUENTES

DOCTRINA

- Ávila Hernández, Flor María y Martínez de Correa, Luz María, “Reconocimiento e Identidad. Diálogo Intercultural” en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, año 14, núm. 45, abril-junio 2009, pp. 45 a 64.
- Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos*, México, s-xxi-unam, 2005.
- Betti, Enrico, “¿Cómo argumentan los hermeneutas?”, en Vattimo, Gianni (comp.), *Hermenéutica y racionalidad*, Bogotá: Norma, 1994, p. 42 citado en Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Chase, Oscar G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, marcial pons, Barcelona, 2011.
- Cristofaro Longo, Giaioia, “Dalla Dichiarazione alla Cultura dei Diritti Umani. Per un’antropologia della pace”, Saggio preparato per il workshop : Istituzioni, sviluppo e benessere: il dibattito in una prospettiva storica nell’ambito del IV Convegno Nazionale STOREP (Associazione italiana per la storia dell’economia politica) sul tema: Le Istituzioni economiche: idee, fatti e teorie, Pollenzo (CN), 13 Giugno 2007.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, desclée de brouwer, Bilbao, 2003, vol. 1.
- , *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, 2003, Desclée de Brouwer.
- , “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos” en *El otro derecho*, número 28, julio de 2002, ilsa, Bogotá D.C.

- , “If God Were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies Is Humanity Enough? The Secular Theology of Human Rights” en *Law, Social Justice & Global Development*, Reino Unido, 2009 (1), lgd, p. 3 documento disponible en <www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2009_1/santos>. Traducción propia.
- , *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Colección Perspectivas, CLACSO, Buenos Aires, 2010.
- Descartes, Rene, *Meditaciones acerca de la filosofía primera, en las cuales se demuestra la existencia de Dios, así como la distinción real entre el alma y el cuerpo del hombre*, 1641, trad. José Antonio Mígues, edición electrónica de www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, disponible en <http://www.rosariosantodomingo.edu.co/contenido/tarea_2628.pdf>. página consultada el 01 de junio de 2015.
- Eberhard, Christoph, “Diálogo intercultural y derechos humanos” en Calvo García, Manuel, coord. *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Madrid, DYKINSON, 2002.
- Echeverría, Bolívar, *Definición de la cultura*, México, unam-ítaca, 2001.
- Estrada Adán, Guillermo Enrique, *Interpretación judicial internacional. Análisis del papel del juez en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tesis de Doctoral, México, UNAM, 2013.
- Fernández Santillán, José, comp., Norberto Bobbio, *El filósofo y la política*. Antología, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Fine, Robert, *Are human rights Western?*, Universidad de Warwick, disponible en <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/emeritus/robertfine/home/teachingmaterial/humanrights/lecturepodcast/are_human_rights_western.pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2013.
- Fornet-Betancourt, Raúl, *Interculturalidad: Asignatura pendiente de la filosofía latinoamericana. Para una revisión crítica de la filosofía latinoamericana más reciente*, texto electrónico disponible en <<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090503.pdf>> página consultada el 13 de abril de 2014, p. 2.

- , Lo intercultural: El problema de su definición, Achen.
- Garzón Valdés, Ernesto y Salmerón, Fernando, *Epistemología y cultura en torno a la obra de Luis Villoro*, México, UNAM, 1993.
- Gutiérrez Martínez, Daniel, “Prólogo. El espíritu del tiempo: del mundo diverso al mestizaje” en Gutiérrez Martínez, Daniel coord., *Multi-culturalismo. Desafíos y perspectivas*, unam-colmex-s. xxi, México, 2006.
- Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en *El vuelo de Anteo, Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, S.A., 2000, p. 19-78.
- , *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los libros de la catarata, 2005.
- Imam Jomeini (ra) *Un breve vistazo a las similitudes y diferencias entre los derechos humanos islámicos y los derechos humanos occidentales*, Islam, Occidente y los Derechos Humanos, Elhame Shargh disponible en <http://islamorient.com/sites/default/files/cckfilefield/Article_pdf_file/derechos%20humanos%20isl%C3%A1micos%20y%20los%20derechos%20humanos%20occidentales-Imam%20Jomeini.pdf> consultado el 26 de junio de 2015.
- Mutua, Makau, “The complexity of Universalism in Human Rights”, en *Human Rights with Modesty: The problem of Universalism*, Países Bajos, MARTINUS NJHOFF PUBLISHERS, 2004.
- Olivé, León, *Interculturalismo y justicia social*, unam, México, 2008.
- Panikkar, Raimon, “La interpelación intercultural”, en Graciano González R. Arnaiz, coord., *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002.
- Pollis, Adamantia y Schwab, Peter, *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger publishers, 1979.
- Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, itaca, 2013.
- Salazar Bondy, Augusto, *¿Existe una filosofía de nuestra América?*, México, siglo XXI, 7ma reimp. 2011.

- Tubino Arias, Fidel, *Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- Vázquez Cardozo, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad, Introducción a la filosofía del Derecho*, México, trota-colofón, 2010.
- Vázquez Gutiérrez, Juan Pablo, “Multiculturalismo y diálogo intercultural” en *IBERO, Revista de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 24, febrero-marzo de 2013.
- Velasco Gómez, Ambrosio, “Multiculturalismo, Estado-nación y democracia” en Schimidt-Welle, Friedhelm *Multiculturalismo, transculturación, heterogeneidad, poscolonialismo. Hacia una crítica de la interculturalidad*, México, herder, 2011.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*, universidad andina de simón bolívar/aby yala, México, 2009.
- , *Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las Insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado*, Quito, 2008, el artículo es producto de la investigación realizada por la autora sobre Decolonialidad, Estado e interculturalidad.
- Walsch, Wolfgang, “¿Qué es la transucturalidad?” en Schimidt-Welle, Friedhelm *Multiculturalismo, transculturación, heterogeneidad, poscolonialismo. Hacia una crítica de la interculturalidad*, México, herder, 2011.
- Wieviorka, Michel, “Cultura, sociedad y democracia” en Gutiérrez Martínez, Daniel coord., *Multiculturalismo. Desafíos y perspectivas*, unam-colmex-s. xxi, México, 2006.
- Zea, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, México, siglo XXI, 10 reimp. 2012.

SENTENCIAS JUDICIALES

- Corte IDH, *Caso Aloeboetoe vs. Surinam*, Fondo, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, serie C, no. 11.

- , *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, Reparaciones, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15.
- , *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.
- , *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.
- , *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.
- , *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité asesor y comité editorial conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la

manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: apellido paterno, materno y nombres, estos últimos irán precedidos por una coma. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Key words* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título

Autor

Sinopsis curricular y correspondencia

Dedicatoria

Sumario

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Cuerpo de la obra

I. Partes con números romanos

1. Secciones en números arábigos

a) Incisos

Entradas en cursivas

II. Fuentes

Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A. BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B. HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecomillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinticinco a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones o de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá a nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina que para tal efecto se emplea.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201_.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

(NOMBRE Y FIRMA)



La *Revista de Posgrado en derecho de la UNAM*, editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de mayo de 2017 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos 5703-2241 y 5592-2240. En su composición tipográfica se emplearon tipos Baskerville y **COOPERPLATE**. Tipo de impresión *offset*, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en Couché de 300 gramos. La edición estuvo al cuidado de Claudio Vázquez Pacheco y consta de 300 ejemplares.